Rechtssicherheit.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

MARTHA SCHMIDT
Gerichtsreferendarin

aus Frankfurt am Main-Höchst

1 9 3 8

Hergestellt bei Albrecht Beck, Frankfurt-Süd, Schweizerstr. 50

Referent: Professor Dr. von Hippel.

Korreferent: Professor Dr. Giese.

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Juli 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

Einleitung 9

Erster Teil: Rechtssicherheit als materielles Problem (Abgrenzung der bürgerlichen Einzelsphäre gegenüber dem Staate) . . . 11

I. Der Ruf des Bürgers nach Rechtssicherheit im absoluten Staat . 11

1. Aufklärung und Naturrecht als geistige Grundlagen des Rechtssicherheitsverlangens 11

2. Die Forderung nach Grundrechten, nach Gewaltenteilung und nach einer Volksvertretung als wesentlicher Rechtsinhalt des Rechtssicherheitsgedankens 12

3. Der Idealbegriff der Verfassung 13

II. Staatslehre und Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhunderts zum Problem der Rechtssicherheit 13

1. Der Staat als Apparat zur Garantie von Rechtssicherheit . 13

2. Die Abgrenzung der Aufgaben des Staates gegenüber dem einzelnen (Wilhelm von Humboldt) 14

III. Die Zuspitzung des Gedankens der Rechtssicherheit im Gesetzesstaat 16

IV. Die Träger des Rechtssicherheitsverlangens 17

1. Das ganze Volk 17

2. Das liberale Bürgertum 17

V. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtssicherheit . . . 18

1. Sinn und Entwicklung 18

2. Der Streit um die Entstehungsgeschichte 19

VI. Rechtssicherheit und Rechtsstaat im Reich von Weimar . . 20

Seite

Zweiter Teil: Rechtssicherheit als formelles Problem (Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidung) 23

I. Gründe für das Aufkommen des neuen Rechtssicherheitsbegriffs 23

1. Der Mangel an staatsrechtlichen Aufgaben 23

2. Die Bedürfnisse des Handels und Verkehrs 24

II. Methoden zur Erreichung von Rechtssicherheit um die Jahrhundertwende 24

1. Der Positivismus des 19. Jahrhunderts 24
   a) Zweck und typische Vertreter 24
   b) Das Dogma von der Lückenlosigkeit des Rechts . . 25
   c) Die Rechtstechnik des Positivismus 28
   d) Der Zwiespalt von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit . 28

2. Die Freirechtsschule 29
   a) Mittel und Ziele 29
   b) Die Hauptvertreter 29

3. Die Interessenjurisprudenz 31

4. Die Lehre von Carl Schmitt über die richtige Entscheidung . 32

III. Die rechtsphilosophische Begründung des Rechtssicherheitsverlangens 33

1. Die Erwartung als Grundlage 33

2. Die Subjekte des Vertrauens 34

IV. Vorschläge zur Schaffung von Rechtssicherheit 34

1. Die Gerichtshöfe 35
   a) Die geschichtliche Grundlage 35
   b) Die verschiedenen Vorschläge zur Ausgestaltung . . 35
   c) Kritik 37

2. Die Bindung an Präjudizien 37
   a) Die Vorbilder für das Präjudiziensystem 38
   b) Zweck und Aufgabe 38
   c) Stellungnahme 39

3. Rechtsverordnungen 40
   a) Zweck und Vorbilder 40
   b) Stellungnahme 41

Dritter Teil: Das Problem der Rechtssicherheit im nationalsozialistischen Staat 42

I. Rechtssicherheit als Anforderung des Individuums an den Staat 42

1. Der Gebrauch des Wortes Rechtssicherheit 42
   a) Der Streit um das Wort Rechtsstaat 43
   b) Unterschied der beiden Worte: Rechtssicherheit und Rechtsstaat 44

Seite

2. Der neue Rechtssicherheitsbegriff 44
a) Das Vertrauen des Volkes zur Führung 45
b) Der einzelne als Glied der Volksgemeinschaft . . . 45
3. Das Bedürfnis nach Kontrolle staatlicher Verwaltungsakte . 46

II. Rechtssicherheit als Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit . 47
1. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit 47
a) Rechtssicherheit als Grundlage des rechtsgeschäftlichen Verkehrs 47
b) Die Normierung als Voraussetzung für die Berechenbarkeit 48
2. Das Problem der Bindung des Richters an das Gesetz . . 49
a) Rechtssicherheit und konkretes Ordnungsdenken . . 49
b) Die Geltung der Rechtssätze 50
aa) Die nationalsozialistischen Gesetze 50
bb) Die drei Gruppen der vornationalsozialistischen Gesetze 51
c) Ordnungsnormen und Richtungsnormen 55
3. Rechtssicherheit und Generalklausel 57
a) Im bürgerlichen Recht 57
b) Im Strafrecht und Steuerrecht 59
4. Das Prinzip der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit in Einrichtungen des Prozeßrechtes 62
a) Die Rechtskraft 62
b) Die Rechtsmittel 63
c) Die Kollegialgerichte 64

Zusammenfassung 65

Schrifttum.

Adickes, Franz: Stellung und Tätigkeit des Richters. 1906.

Anschütz-Thoma: Handbuch des deutschen Staatsrechts. Tübingen 1930.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat. Kassel-Göttingen 1864.

Bendix: Das Problem der Rechtssicherheit. Berlin 1914.

Bentham, Jeremias: Works. Ausgabe von John Bowring. Edinbourgh 1843. 2. Bd.

Bergbohm, Karl: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Leipzig 1892.

Bieberstein, Freiherr Marschall von: Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze. Stuttgart 1927.

Deutscher Juristentag 1936.

Ehrlich, E.: Die freie Rechtsfindung. 1903.

Fichte, Joh. Gottlieb: Rechtslehre 1812. Ausgabe von Schulz. Leipzig 1920.

Fleiner, F.: Institution des deutschen Verwaltungsrechtes. 1928.

Forsthoff, Ernst: Der totale Staat. 1933.

Fuchs, Ernst: Juristischer Kulturkampf. 1912.

Gerland, Heinrich: Probleme des englischen Rechtslebens. 1929.

Gneist, Rudolf: Der Rechtsstaat. Berlin 1872.

Göring, Hermann: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. 1935.

Grewe, Wilhelm: Gnade und Recht. 1934.

Heck, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914.

Hedemann, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln. Jena 1903.

Henkel, H.: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. 1934.

Hildebrand, Hermann: Natürliche Abstammung und vermutete eheliche Verwandtschaft nach geltendem und zukünftigem Recht. Diss. 1938.

von Hippel, Fritz: Formalismus und Rechtsdogmatik. 1935.
von Hippel, Fritz: Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. 1936.
Huber, Ernst Rudolf: Vom Sinn der Verfassung. 1935.
von Humboldt, Wilhelm: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Breslau 1851.
von Ihering, Rudolf: Der Zweck im Recht. 1. Bd. 4. Aufl. 1904.
Jahrreiss: Berechenbarkeit und Recht. 1927.
Jellinek, Georg: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. 1927.
Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. 1929.
Jerusalem, Franz W.: Das Verwaltungsrecht und der neue Staat. 1935.
Jung, Erich: Von der logischen Geschlossenheit des Rechts. 1900.
Kant, Immanuel: Zum ewigen Frieden. Ausgabe Vorländer. Leipzig 1914.
Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten. Ausgabe Vorländer, 4. Auflage. Leipzig 1922.
Koch: Kommentar zum allgemeinen Landrecht. 8. Aufl.
Koellreutter, Otto: Deutsches Verfassungsrecht. 1935.
Koellreutter, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 1936.
König: Die Bindung des Richters an präjudizielle Urteile anderer Gerichte. Diss. 1934.
Krauss und von Schweinichen: Disputation über den Rechtsstaat. 1935.
Lange, Heinrich: Vom alten zum neuen Schuldrecht. 1934.
Larenz, Karl: Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. 1934.
Larenz, Karl: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. 1935.
Mayer, M. E.: Rechtsphilosophie. Berlin 1922.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1917.
Montesquieu: De l'esprit des lois. Paris, Didot, 1803.
Morstein-Marx, Fritz: Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes. Berlin 1927.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. 1888.
Nipperdey: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. — Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Berlin 1929 und 1930.
Otto: Gewißheit des Richterspruchs. 1915.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 1. 1897.
Radbruch, Gustav: Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie. 1932.

Reichel, Hans: Gesetz und Richterspruch. 1915.
Reinhardt-Gebhardt: Handbuch der steuerlichen Betriebsführung. Bd. 1. 1937.
Ruck: Die Leibnizsche Staatsidee. 1909.
Rümelin, Max: Die Rechtssicherheit. Tübingen 1924.
Rumpf, Max: Gesetz und Richter. 1906.
von Savigny, Friedrich Karl: Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Heidelberg 1840.
von Savigny, Friedrich Karl: Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz. 1802/03.
Schmitt, Carl: Gesetz und Urteil. 1912.
Schmitt, Carl: Staat, Bewegung, Volk. 1933.
Schmitt, Carl: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. 1934.
Schmitt, Carl: Verfassungslehre. 1928.
Scholz, Franz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im 3. Reich. 1936.
Stahl, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts. 2. Bd.: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. 3. Aufl. Heidelberg 1856.
Stammler, Rudolf: Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. 1911.
Stölzel: C. G. Suarez. Berlin 1885.
Tigges: Die Stellung des Richters im modernen Staat. 1935.
Weber, Max: Wirtschaftsgeschichte. 1924.
Zeiler, A.: Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung. 1911.

Einleitung.

Das Wort Rechtssicherheit wird in wechselnder Bedeutung verwendet, ja, es liegt ihm ein einheitlicher Begriff häufig selbst dann nicht zugrunde, wenn man mit ihm im engeren Rahmen gleichartige Vorstellungen zu bezeichnen scheint. Denn diese Vorstellungen erscheinen ihrerseits als in weitere politische Rahmen einbezogen und erhalten von hier aus, mag man sie selber auch in alter Art weiterformulieren, einen durchaus verschiedenartigen und wechselnden Sinn, ohne daß dies sprachlich zum Ausdruck käme. Die Sprachverwirrung wird noch durch den Umstand gesteigert, daß man, zumal in Übergangszeiten, mit dem Wort einen exakten Vorstellungsgehalt überhaupt nicht mehr verbindet, so daß es mitunter zu einer Art von Phraseologie herabsinkt [1].

Obwohl der Rechtssicherheitsbegriff zu den am meisten gebrauchten Begriffen überhaupt gehört, gibt es bisher nur wenige zusammenfassende Behandlungen. Nach meinen Feststellungen haben sich nur drei Autoren mit dem Gegenstand ex professo befaßt:

Rümelin [2], der die Rechtssicherheit vom Standpunkte der individualistischen Rechtssicherheitsinteressen behandelt,

Bendix [3], der bereits zu dem skeptischen Ergebnis gelangt, daß es eine absolute Rechtssicherheit nicht gibt, und

---

[1] Vgl. z. B. RG. 76, 95.
[2] Die Rechtssicherheit. Tübingen 1924.
[3] Das Problem der Rechtssicherheit. Berlin 1914.

Göring [4], der nach dem Umbruch die Bedeutung der Rechtssicherheit für den nationalsozialistischen Staat aufzeigt.

Dazu kommen zahlreiche wichtige Stellungnahmen im Rahmen von Arbeiten, die in erster Linie anderen Gegenständen gewidmet sind, insbesondere dem Begriffe des Rechtsstaates.

Eine geschlossene Bearbeitung, die den geschichtlichen Zusammenhang des Begriffes »Rechtssicherheit« mit den verschiedenen Systemen, den jeweils herrschenden Prinzipien und den hierdurch bedingten Bedeutungswandel des Wortes Rechtssicherheit nachweist, fehlt noch.

Der Zweck der vorliegenden Arbeit ist der Versuch, diese Lücke auszufüllen.

---

[4] Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. Schriften der Akademie für Deutsches Recht. 1935.

Erster Teil.

Rechtssicherheit als materielles Problem.

(Abgrenzung der bürgerlichen Einzelsphäre gegenüber dem Staate.)

Das Verlangen nach Rechtssicherheit im Sinne der Abgrenzung der bürgerlichen Einzelsphäre gegenüber dem Staate wird zuerst in der Zeit des absoluten Staates erhoben, dessen Eigenart darin besteht, daß der Fürst »legibus solutus«, d. h. berechtigt und imstande ist, aus politischen Gründen, über die er allein entscheidet, auch Gesetze zu ändern und zu durchbrechen. Gegen diese Machtstellung des absoluten Herrschers, der in seiner Person die gesamte öffentliche Gewalt vereinigt, richtet sich der Ruf des Bürgers nach Rechtssicherheit als Ausdruck der Sehnsucht nach einem Freiheitskreise, in dem die Persönlichkeit vor willkürlichen Eingriffen des Staates sicher ist. In einer geschriebenen Verfassung, die vom Grundsatze der Trennung der Gewalten beherrscht und für den Staat bindend sein soll, verlangt man die Einräumung bestimmter, fest umschriebener Rechte als Garantien zum Schutze gegen den Staat.

Die geistige Grundlage für dieses Rechtssicherheitsverlangen bietet die Aufklärung. Die Rechtswissenschaft der Aufklärungszeit, die am Zersetzungsvorgange des Absolutismus maßgebend beteiligt ist, wird von dem Naturrecht beherrscht, das als ein vor und über dem Staate stehendes Recht die einzige geistige Waffe darstellte, mit der die Rechtswissenschaft der übermäßigen Staatsgewalt und ihrer Ausübung durch den absoluten Herrscher entgegentreten konnte. Denn das Naturrecht setzt die Freiheitssphäre des einzelnen als etwas vor dem Staate Gegebenes voraus. Die Freiheit des einzelnen

ist hiernach prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen prinzipiell begrenzt ist [5].

Aus diesem Verteilungsprinzip folgt politisch gesprochen die Forderung nach Grundrechten. Dies kommt deutlich in den Erklärungen der amerikanischen Staaten im 18. Jahrhundert bei der Begründung ihrer Unabhängigkeit von England zum Ausdruck. Die amerikanischen bills of rights, welche die Forderung nach Grundrechten zum ersten Male verwirklichen, stellen feste Schranken für die Staatsgewalt auf und grenzen genau die Gebiete ab, die der Staat nicht betreten soll. Der Begriff des subjektiven Rechts des Staatsgliedes gegenüber dem Staatsorgan, der bisher nur im Naturrecht bekannt war, wird somit in vollem Umfang in das positive Recht eingeführt [6]. In den Erklärungen heißt es, daß die Menschen mit gewissen unveräußerlichen Rechten ausgestattet sind und daß es Zweck der Regierung ist, diese Rechte zu sichern. Ähnlich lautet auch der Artikel 2 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: »Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et empreſcriptibles de l'homme«.

Der Durchführung des Verteilungsprinzips, das in den Grundrechten zum Ausdrucke kommt, dient das Organisationsprinzip, wonach die prinzipiell begrenzte staatliche Macht geteilt und in einem System umschriebener Kompetenzen erfaßt wird [7]. Die Forderung nach Grundrechten verbindet sich daher zwangsläufig mit dem Verlangen nach der Teilung der Gewalten, die ebenfalls dem Bürger als Schutz gegen den Staat dienen soll. Locke unterscheidet bereits Gesetzgebung und Exekutive mit der Begründung, daß es nicht gut sei, wenn dieselben Menschen, die die Gesetze machten, sie auch anwenden würden, weil ein Gesetz sofort seinen Charakter als Gesetz verliere, wenn der Gesetzgeber die Form des Gesetzes für beliebige Einzelbefehle und Maßnahmen benutzen könne [8]. Montesquieu be-

---

[5] Carl Schmitt, Verfassungslehre. 1928. S. 226.

[6] Jellinek, Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. 1927. S. 2.

[7] Carl Schmitt, a. a. O. S. 126 ff.

[8] Locke (Of civil government II, chapt. XVIII of tyranny, und §§ 147, 159) geht dabei bereits davon aus, daß als Gesetz nicht der Wille des Monarchen gilt, wie im absoluten Staat (vgl. Hoppes Leviathan, Kap. 26, S. 133 der lateinischen Ausgabe von 1670: autoritas non veritas facit legem), sondern nur noch eine für alle gleiche im voraus bestimmte g e n e r e l l e Norm. Denn nur bei diesem Begriff des Gesetzes tritt eine Bindung auch für den Herrscher und den Gesetzgeber selbst ein und damit die Gewähr, daß die Gesetze nicht durchbrochen werden.

gründet seine Gewaltenteilungslehre ähnlich wie Locke: Nur durch die Trennung von Legislative und Exekutive könne die Verbindung genereller Normen und individueller Einzelbefehle verhindert werden. Dies müsse aber geschehen, denn wenn dieselbe Körperschaft, welche die Gesetze gebe, auch die Exekutive habe, so könne sie als Gesetzgeber den Staat durch ihre volontés générales zerstören und außerdem als Exekutive jeden einzelnen Bürger durch ihre volontés particulières vernichten [9]. Politische Freiheit, d. h. Schutz des Bürgers vor dem Mißbrauch staatlicher Gewalt und damit Rechtssicherheit besteht nach Montesquieu also nur, wenn gesetzgebende und vollziehende Gewalt nicht in einer Hand vereinigt sind. Verwirklicht wird die Lehre von der Trennung der Gewalten, die im Laufe des 19. Jahrhunderts in alle Verfassungen aufgenommen wird, zum ersten Male bewußt in der Bundesverfassung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1787 und in der Verfassung vom Jahre 1791, der ersten Verfassung der französischen Revolution. In Artikel 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 heißt es bereits, daß ein Staat ohne Gewaltenteilung und ohne Grundrechte keine Verfassung habe: toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution.

In der Folgezeit werden daher nur noch solche Verfassungsurkunden überhaupt als echte Verfassungen bezeichnet, die den Forderungen bürgerlicher Freiheit entsprechen und in denen als Garantien dieser Freiheit die Grundrechte und der Grundsatz von der Teilung der Gewalten enthalten sind. Im Jahre 1848 und in der Zeit des preußischen Konflikts von 1862—66 tritt als weiteres hinzu die Forderung liberaler und demokratischer Parteien nach einer Volksvertretung als Gegengewicht gegen die politische Macht des Monarchen, der bis dahin als alleiniger Repräsentant der politischen Einheit aufgetreten war. Der Kampf des liberalen Bürgertums führt also zu einem bestimmten Idealbegriff der Verfassung. Nur wenn dieser Idealbegriff verwirklicht ist, fühlt der Bürger sich vor dem Staate geschützt, nur dann besteht für ihn »Rechtssicherheit« [10].

Die Staatslehre und die Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhunderts stimmen mit diesem liberal-bürgerlichen Verfassungsideal, das den einzelnen Rechtssicherheit gewähren soll, weitgehend überein. Der Sicherungszweck des Staates steht bei weitem im Vorder-

---

[9] Esprit des lois, 11. Buch, Kap. 6.
[10] Vgl. Carl Schmitt, a. a. O. S. 37.

grund aller staatstheoretischen Betrachtungen. Leibniz [11] bezeichnet als politisches Ideal eine strenge Gesetzmäßigkeit des Staates, der als »une grande société, dont le but est la sûreté commune« definiert wird. Für Kant [12] hat nur ein Staat mit Gewaltenteilung die einzig rechtmäßige Verfassung, weil nach seiner Ansicht nur durch die Trennung des Gesetzgebers von der Gesetzesanwendung und von der Justiz die Herrschaft des Gesetzes — im Gegensatz zur Herrschaft von Menschen und zur Willkür — durchgeführt werden kann. Jede Aufhebung dieser Unterscheidung bedeutet nach ihm Despotie. Die Aufgabe des Staates erschöpft sich in dem Schutz der Freiheit und der Rechte des einzelnen. Als ideale Staatsform wird die Republik angesehen [13], die nichts anderes sein kann, als »ein repräsentatives System des Volkes, um im Namen desselben durch alle Staatsbürger vereinigt, vermittels ihrer Abgeordneten ihre Rechte zu besorgen« [14]. Auch bei Fichte [15] hat der Staat nur noch den Sinn, die absolute Freiheit aller zu sichern. »Der Staat ist nicht der Wille des Rechts und ist kein Staat, wenn er seine Verpflichtung, die höhere Freiheit aller und die Unabhängigkeit aller von ihm zu sichern« nicht erfüllt. »Ist dies nicht in ihm gewährleistet, so kann er nicht von Recht reden, denn er verläßt den Mittelpunkt des Rechts und ist selbst unrechtlich, er ist bloßer Zwang und Unterjochung.« Denn nur unter der Bedingung, daß er die Freiheit und Unabhängigkeit aller vor ihm sichert, ist er Staat (S. 50, 51). Nach einem anderen, kennzeichnenden liberalen Wort soll der Staat »nur Produzent von Sicherheit« sein [16]. Die Verfassung hat die Aufgabe, die Methode dieses Produktionsvorganges anzugeben und die Funktionen des Staates auf ein Mindestmaß zu beschränken. »Die Grenze, bis zu welcher der Staat dem Willen des Einzelnen Prinzip ist« [17], wird genau festgelegt.

Den schärfsten Ausdruck findet dieser Gedanke der Abgrenzung bei Wilhelm von Humboldt [18]. Die politische Verfassung soll »so

---

[11] Ruck, Die Leibnizsche Staatsidee. S. 18, 20; I, Nr. 6.

[12] Zum ewigen Frieden, Vorländer. S. 11, 14, 15.

[13] Kant, a. a. O. S. 12; vgl. auch Metaphysik der Sitten, Abt. Rechtslehre, § 45, Vorländer. S. 135 ff.

[14] Metaphysik der Sitten, Abt. Rechtslehre, § 52, Vorländer. S. 170.

[15] Rechtslehre von 1812, Ausgabe von Schulz. Leipzig 1920. S. 49 ff.

[16] Ohne nähere Quellenangabe zitiert bei Huber, Vom Sinn der Verfassung. S. 9.

[17] Fichte, a. a. O. S. 48.

[18] Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Breslau 1851.

wenig als möglich einen positiven speziellen Einfluß auf den Charakter der Bürger haben, und nichts anderes als die höchste Achtung des fremden Rechts, verbunden mit der enthusiastischen Liebe der alten Freiheit, in ihnen hervorbringen«. Sie darf ihre Freiheit nicht weiter beschränken »als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist« (S. 39). Der Staat soll sich in nichts mischen, was nicht allein die Sicherheit angeht. Denn die Sicherheit ist das einzige, welches der einzelne Mensch mit seinen Kräften nicht zu erlangen vermag. Über den Sicherheitszweck darf der Staat nicht hinausgehen. Er soll sich daher aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger enthalten (S. 39) und in keiner Weise die private Freiheit beschränken. Denn gestört wird die Sicherheit bereits durch »Handlungen, welche an und für sich in fremde Rechte eingreifen oder durch solche, von deren Folgen nur dies zu erwarten ist« (S. 104). Rechtssicherheit der Bürger besteht nur in einem Staate, »wenn die Bürger in der Ausübung der ihnen zustehenden Rechte, dieselben mögen nun ihre Person oder ihr Eigentum betreffen, nicht durch fremde Eingriffe gestört werden« (S. 103). Der Begriff der Rechtssicherheit bedeutet daher bei Wilhelm von Humboldt »die Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit« (S. 103), die nur bei einer scharfen Abgrenzung der Einzelsphären dem Staate gegenüber gegeben sein soll. Diese Begrenzung der Aufgaben des Staates im Interesse des Individuums zeigt deutlich den Einfluß der naturrechtlichen Doktrin, wonach die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, die Befugnis des Staates aber prinzipiell begrenzt ist. Der Staat wird nur als ein »notwendiges Übel aufgefaßt, als ein gefährliches Instrument, das man leider nicht entbehren kann, dessen Funktionen aber auf ein Mindestmaß eingeschränkt werden müssen« [19]. Der Kampf gegen den Absolutismus führt zu der Forderung eines bestimmten Staates, der Ausdruck für die Parole individualistisch verstandener Rechtssicherheit ist. Von größter Bedeutung für diese Entwicklung ist auch die Lehre Stahls. Zum Wesen des Staates als eines sittlichen Reiches gehört für ihn »die völlige Freiheit, die gesicherte Sphäre selbständigen Handelns und Schaltens der Personen, die es bilden. Das ist ein nicht minder wesentliches Element desselben als seine Gebote und Ordnungen. Man könnte sagen, diese Gebote und Ordnungen, so wie die Güter der Nation und der einzelnen, die sie wirken, sind die Materien des sittlichen Reiches, dagegen Recht und Freiheit der Individuen die notwendige Form seines Bestandes, nur daß hier die Form auch

[19] Huber, a. a. O. S. 10.

wieder ebenso wesentlich Materie ist.« (S. 146). Der Staat soll die »Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre der Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staats wegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen, als es der Rechtssphäre angehört, d. h. nur bis zur notwendigsten Umzäunung« [20]. Mit dieser Definition des Staates erklärt sich Bähr [21] einverstanden, und Gneist [22] meint, man könne sie wörtlich unterschreiben. Die philosophischen, staatswissenschaftlichen und rechtstheoretischen Auffassungen eines Kant, Humboldt, Fichte und Stahl verbindet trotz ihrer Verschiedenheit im einzelnen der gemeinsame Gedanke, daß dem Individuum eine Sphäre freier Betätigung gesichert sein müsse, es ist das Ideal der Rechtssicherheit, das hier seinen Ausdruck findet [23]. Einer der wenigen Punkte, in dem nahezu alle namhaften Juristen und Rechtsphilosophen einig sind, ist die Erkenntnis, daß die positive Rechtsordnung des Staates ihre ethische Sanktion darin findet, jedem einen Machtbereich, eine Freiheitssphäre zuzugestehen und zu sichern [24].

Die Abgrenzung der staatlichen Aufgaben soll durch das Gesetz geschehen, dessen Funktion es ist, »zwischen dem Staat und dem Untertan die Grenzen des Dürfens und Müssens festzusetzen«. Als Werkzeug des individualistischen Gesellschaftsinteresses wird das Gesetz ein Schutzwall für die staatsfreie, unpolitische Sphäre des einzelnen gegen die politische Macht des Staates. Der Bürger verlangt zu seiner Rechtssicherheit, daß die Voraussetzungen, unter welchen der Staat in sein Eigentum oder seine persönliche Freiheit eingreifen kann, gesetzlich genau festgelegt werden. Man sucht, »alle Kollisionen der Staatsgewalt mit Person und Eigentum durch Gesetz zu regeln« [25]. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wird unter Recht schließlich nur noch das positive Gesetz schlechthin verstanden oder allein dasjenige Gesetz, bei dem das Parlament mitwirkt [26]. Unter dem Weimarer System endlich begreift man unter Recht nur noch das durch die Initiative parlamentarischer Parteien entstandene

[20] Die Philosophie des Rechts. 2. Band: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. 3. Aufl. Heidelberg 1856. S. 146.
[21] Rechtsstaat. S. 1, 2.
[22] Rechtsstaat. S. 16.
[23] Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre. Iherings Jahrb. 76, 137.
[24] Kraus, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht. Bd. 32. S. 613.
[25] Gneist, a. a. O. S. 159.
[26] Nach Artikel 62 der preußischen Verfassung von 1850 wird die gesetzgebende Gewalt gemeinschaftlich durch den König und zwei Kammern ausgeübt.

Gesetz. In Wirklichkeit wird auf diese Weise aus dem Rechtsstaat ein reiner Gesetzesstaat. Jede unmittelbare Verbindung des Rechtsstaatsgedankens mit der Idee der Gerechtigkeit wird als politisch abgelehnt [27]. Die Rechtssicherheit schwebt als das höhere Ideal vor, das eine Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns gewährleisten soll [28].

Zur Garantie der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns wird sogar die Einrichtung einer Staatsgerichtsbarkeit gefordert, die justizförmig die höchsten — selbst politischen — Entscheidungen kontrollieren soll. Das Interesse an der vollen richterlichen Prüfungszuständigkeit leitet man aus dem Rechtsstaatsgedanken ab [29]. Man ist bestrebt, ein ganzes Gebäude von Rechtsschutzmitteln und Einrichtungen aufzubauen, das die hilf- und schutzlose, arme, isolierte Einzelperson vor dem mächtigen Leviathan-Staat schützen soll [30].

Das Schutzbedürfnis gegenüber dem Staat wird von allen Parteien und Bevölkerungsklassen betont, wenn auch nicht alle Rechtssicherheitsforderungen mit der gleichen Stärke vom ganzen Volk erhoben werden. Der Lohnarbeiter, der lediglich vom Erfolg seiner Arbeit lebt, ist naturgemäß an dem Schutz der Vermögensrechte weniger interessiert, als an dem der persönlichen Freiheitsrechte. Dagegen läßt sich der besitzende Bürgerstand und Handel und Industrie vor allem die Wahrung privater Rechte, insbesondere der Vermögensrechte angelegen sein. Demgemäß vertreten die politischen Parteien, soweit sie sich vorwiegend auf eine bestimmte Bevölkerungsklasse stützen, die Interessen dieser Klassen, die sie als Forderung in ihr politisches Programm aufnehmen. Die politisch tragende Schicht im 19. Jahrhundert ist aber das gebildete und besitzende Bürgertum als eigentlicher Träger des liberalen Staatsgedankens. So ist auch das bürgerliche Parlament des 19. Jahrhunderts seiner Idee nach eine Versammlung gebildeter Menschen, welche Bildung und Vernunft der ganzen Nation repräsentieren. Der Staat

[27] Stoll, Rechtsstaatsidee. Iherings Jahrb. 76, 134 ff.

[28] Freiherr Marschall von Bieberstein, Der Kampf des Rechts gegen die Gesetze. S. 5.

[29] Vgl. hierüber insbesondere Fritz Morstein-Marx (Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin 1927, S. 150 und 152), der sich auf Otto Bähr und Rudolf Gneist beruft, und Stoll in Iherings Jahrb., 2. Folge, Bd. 40, S. 201.
Dieses Verlangen nach einer allgemeinen Justizförmigkeit des Staates, das von Graf Dohna noch auf dem 33. Juristentag (1924) und von Triepel auf dem 36. Deutschen Juristentag (1927) gestellt wurde, führte aber zu keinem praktischen Erfolg.

[30] Carl Schmitt: Staat, Bewegung, Volk. 1933. S. 24.

des 19. Jahrhunderts ist daher ein bürgerlicher Staat, der in seiner schließlichen Gestalt den Anforderungen entspricht, die das Bürgertum an die staatliche Gestaltung stellte [31].

Alle Rechtssicherheitsforderungen des Bürgertums sind zunächst gegen die absoluten Monarchien der Territorialstaaten gerichtet. Mit der Revolution des Jahres 1848 beginnt die Zeit der konstitutionellen Monarchien, in denen ein Dualismus zwischen Volksvertretung und Regierung entsteht. Mit dieser Umwälzung ist das Bürgertum aber noch nicht zufrieden. Der Fürst ist zwar nun nicht mehr »legibus solutus«. Denn die Verfassungsurkunden haben bei der Verteilung der verschiedenen staatlichen Funktionen nur die Verwaltung zur Domäne des Fürsten gemacht. Aus der alten und nicht immer unbegründeten Angst des Bürgers vor Eingriffen des Monarchen wird jedoch schon unmittelbar nach der Gründung des »Verfassungsstaates« die Forderung auf Einsetzung einer unabhängigen Rechtsschutzinstanz, einer Verwaltungsgerichtsbarkeit, erhoben. Man fürchtet, daß die von dem Willen des Fürsten abhängigen Verwaltungsbehörden das Verwaltungsrecht zu politischen Zwecken zugunsten des Fürsten auslegen. Tatsächlich war bei der Verwaltung und entsprechend bei den auf ihre Leitung bezüglichen Regierungsakten diese Befürchtung begründet. Die Erfahrung lehrte, daß der Verwaltungsbeamte, der in allen Lagen das öffentliche Interesse des Staates zu vertreten hatte, die Gesetze leicht einseitig zugunsten des Staates auslegte [32]. Demgegenüber soll durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine »gesetzmäßige Verwaltung«, d. h. die Bindung der Verwaltung an die Gesetze erreicht werden. Eingriffe in die individuelle Freiheit dürfen nur »auf Grund eines Gesetzes« vorgenommen werden. Die polemische Richtung dieser Rechtssicherheitsforderung geht, politisch gesprochen, eindeutig gegen das Machtmittel der königlichen Regierung: das Beamtentum.

Die Literatur des 19. Jahrhunderts beschäftigte sich daher lebhaft mit der Frage der Ausbildung besonderer Rechtsschutzgarantien gegenüber der Verwaltung des Fürsten. Einigkeit bestand darüber, daß der Rechtsschutz durch Kontrolle der Verwaltung durch besondere Gerichte gewährt werden sollte. Die Mehrzahl der Schriftsteller wollte das Verfahren kurzerhand an die bestehenden Zivilgerichte überweisen [33]. So verlangte auch Otto Bähr die Unter-

[31] Forsthoff, Der totale Staat. S. 8.
[32] Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 1928. § 16, S. 236 ff.
[33] Mittermaier, Beiträge zu der Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses. Arch. ziv. Prax. Bd. 4. S. 105, S. 328 ff.

stellung der gesamten Verwaltung unter die Rechtsprechung der Zivilgerichte. Auf diese Weise sollte das ordentliche Gericht eine allgemeine Kontrollinstanz über den Staat werden. In einigen Ländern [34] wurde auch wirklich durch Gesetze über die »Erweiterung des Rechtswegs« die Zuständigkeit der Zivilgerichte auf die Beurteilung von Verwaltungsstreitigkeiten erstreckt. Rudolf Gneist [35] dagegen erhob die Forderung einer besonderen Gerichtsbarkeit. Diesem Gedanken, der das Interesse des Staates an sachgemäßer Entscheidung mit dem Verlangen des Bürgers nach Rechtssicherheit im Sinn eines Schutzes der subjektiven Rechte gegenüber dem Staat verband, ist auch schließlich der Sieg zugefallen.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die dem Verlangen des Bürgers nach Rechtssicherheit entspricht, hatte von vornherein den Zweck, einen Schutzwall zur Verteidigung der Rechte des einzelnen Staatsbürgers und damit auch eine hemmende Instanz gegenüber der aktiven Verwaltung zu bilden. Neuerdings wird bestritten, daß sie ihrer Entstehungsgeschichte nach bestimmt war, dem Schutze der Rechte des einzelnen zu dienen. Insbesondere Scholz [36] behauptet, historisch habe sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit niemals als Schutzmittel des einzelnen gegen mögliche Übergriffe der Staatsgewalt entwickeln können. Vielmehr hätten durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht die Belange der Untertanen, sondern gerade die des Staates besser geschützt werden sollen. Für diese Behauptung stützt er sich auf Ausführungen von Gneist, Loening und Otto Mayer [37].

Die Werke dieser Vertreter der deutschen Staatslehre sind aber nicht allein kennzeichnend für die damalige Zeit, weil sie in vielen Fragen von den herrschenden Anschauungen abweichen. Sie haben das staatsrechtliche Denken ihrer Zeit wohl auch nicht mehr wesentlich beeinflussen können. Wenn Gneist die Überlegenheit des Staates über die Gesellschaft fordert, und die bürgerliche Gesellschaft in den Staat einzuordnen versucht, so haben seine Bemühungen doch nicht mehr die politische Entwicklung, die den Gegensatz von Staat und Gesellschaft immer stärker betont, aufzuhalten vermocht.

---

[34] Zum Beispiel preußisches Gesetz betr. Erweiterung des Rechtswegs vom 24. Mai 1861.

[35] Rechtsstaat. 1872. S. 268 ff.

[36] Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich. 1936. S. 11 und 14. — Vgl. auch Franz W. Jerusalem, Das Verwaltungsrecht und der neue Staat, 1935, S. 26 ff., und Koellreutter, Deutsches Verwaltungsrecht, 1936, S. 125, 135.

[37] a. a. O. S. 14 und 39 ff.

Sarvey [38] und Muth [39] haben daher auf Grund von Auszügen der entsprechenden Verhandlungen der verschiedenen Kammern der Länder nachgewiesen, daß die liberale Staatslehre, deren namhafteste Vertreter in den Parlamenten saßen, von entscheidendem Einfluß auf die Errichtung der Verwaltungsgerichtshöfe gewesen ist. Die Forderung nach Gewährung eines weitergehenden Rechtsschutzes auf dem Gebiete der Verwaltung wird als ein unabweisbares Bedürfnis gekennzeichnet und der Schutz der Rechte des Individuums gegenüber der Staatsgewalt in allen Erörterungen ausdrücklich als Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit dargestellt. Der Zusammenhang des Schutzes des subjektiven Rechts mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist daher offensichtlich. Das Verlangen nach der Errichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit entspringt im wesentlichen dem gleichen Bedürfnis nach Rechtssicherheit wie die liberale Gewaltenteilungslehre oder der Gedanke der Grundrechte.

In ihrem Ausgangspunkt entsprechen alle diese Forderungen nach Rechtssicherheit, die im Kampf gegen die absolute Handhabung der Staatsgewalt entstanden sind, dem Zeitbedürfnis. Es zeigt sich aber auch hier bald folgendes ewige Gesetz in der Rechts- und Lebensentwicklung überhaupt:

Jede Entwicklung setzt richtig ein in Betonung eines wesentlichen Lebensinteresses, neigt aber zu einseitiger Übertreibung des neugefundenen Gesichtspunktes und endet dann schließlich in der Erstarrung, weil sie das Vorhandensein auch von anderen Lebensinteressen und die eigene Bezogenheit auf bestimmte historische Zeitverhältnisse nicht genügend berücksichtigt.

So baut man auch im 19. Jahrhundert den Gedanken der Rechtssicherheit immer weiter aus, ohne den Wandel der Zeiten hinreichend zu bedenken.

Zu einem letzten Wiederaufleben der alten Interessenlage, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts so deutlich ist, kommt es zur Zeit des Abschlusses dieser Epoche. In der Weimarer Verfassung werden die erneut gefährdeten Positionen noch einmal programmatisch zusammengefaßt.

Man [40] erhebt dagegen heute vielfach den Vorwurf, daß solches Verfahren im Schema des 19. Jahrhunderts geblieben sei, Schranken durch Aufrichtung von Freiheitsverbürgungen geschaffen und die

---

[38] Deutsches Recht. 1936. S. 333.
[39] Deutsches Recht. 1936. S. 407.
[40] Vgl. insbesondere Forsthoff, Totaler Staat. 1933. S. 19 und 23.

Grundrechte in ihrem überkommenen Gehalt übernommen habe. Das sei abzulehnen. Denn mit dem Wegfall der Monarchie hätten diese Grundsätze, die der Staatsgewalt Schranken setzen sollten, ihren Sinn entweder ganz verloren oder doch entscheidend gewandelt, da ihr Zweck: die Abgrenzung von Staat und Gesellschaft mit jener Staatsform entfallen sei.

Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, daß die Aufnahme von institutionellen Garantien und Grundrechten ihren guten Sinn hatte zum mindesten in einem Augenblick, in dem der Ideenstreit (z. B. zwischen Bürgerstand und Marxisten) übermächtig geworden war, während die Möglichkeit einer durchgreifenden Neuordnung einstweilen weder politisch noch ideell bestand. Für diesen Zeitpunkt bildete jener Rückzug der Weimarer Verfassung auf die alte Grundrechtsposition geradezu den einzig möglichen Ausweg, zumal, wenn man die Rolle des Parlaments in jener Gesamtlage bedenkt. Vertrat es doch im Weimarer Staat weniger die Interessen des Gesamtvolkes als die einseitigen Interessen wechselnder Parteikoalitionen, die den Staat bald als eine bloße Apparatur betrachteten und ihn damit willkürlichen Zwecken dienstbar machten. Gegenüber dem politischen Führungsanspruch einander bekämpfender parlamentarischer Gruppen und den vielfach hinter ihnen stehenden politischen Machtverbänden aber war das Verlangen selbst nach schematischer Rechtssicherheit und den sie verbürgenden Einrichtungen zweifellos begründet.

Aus dieser Gesamtlage heraus muß man es verstehen, wenn die Weimarer Verfassung in ihrem zweiten Teil eine Privatrechtssphäre des Bürgers im alten Sinne nochmals anerkennt und garantiert. Sie folgt hierbei der im 19. Jahrhundert entwickelten rechtsstaatlichen Auffassung, wonach eine richtige und vollständige Verfassung die Schranken zwischen Staat und Individuum zu errichten und dem Staatsbürger einen festen abgegrenzten Bereich staatlich unberührbarer persönlicher Bewegungsfreiheit zu gewährleisten hat. Neben dieser alten Grundrechtsposition, die nunmehr als ein konservatives Moment den revolutionären Kasten entgegengestellt wird, zeigt aber die Weimarer Verfassung bereits mit aller Deutlichkeit an, daß im Zeichen des sozialen Gedankens und der Ausgleichung der Klassengegensätze neue Formen der Staats- und Gemeinschaftsgestaltung geschaffen werden müssen, um damit zugleich der veränderten technisierten und ökonomisierten Wirklichkeit des 20. Jahrhunderts zu entsprechen [41]. So enthält die Weimarer Verfassung in ihren letz-

[41] Forsthoff, a. a. O. S. 19.

ten Teilen bereits elementare programmatische Ansätze zu einer überindividuell orientierten Neuordnung. Sie spricht z. B. aus, daß »Eigentum verpflichtet« und sein Gebrauch zugleich »Dienst« sein soll »für das Gemeine Beste« (Art. 153 Abs. 3), sie stellt Leitsätze auf über die gerechte Verteilung und Nutzung von Grund und Boden (Art. 155), sie bezeichnet die allgemeine Arbeitspflicht als sittliche Pflicht »jedes Deutschen« (Art. 163 Abs. 1) [42].

Der Umbruch hat dieser typischen Übergangslage eines Nebeneinander von Individualismus und Sozialismus ein Ende gemacht. Er hat jenen programmatischen Gemeinschaftssätzen erstmals eine konkrete Gestalt und Wirklichkeit gegeben. Er hat bei dieser Neuordnung, die auf allen Gebieten einsetzen mußte, sich an den Ausgang von individuell fixierten Grundrechten weder gebunden noch binden können. Denn wie sollte man die sozialen Verhältnisse neuordnen, wenn man sich gleichzeitig auf bestimmte materielle Individualpositionen ohne Prüfung der Gesamtlage schematisch festlegen wollte?

Auf weitere Sicht behält aber auch für uns jene Frage nach den elementaren Lebensrechten jedes einzelnen Volksgenossen und nach den geeigneten Formen ihrer Sicherung ihren guten Sinn. Wenn wir im Dritten Reich jedem einzelnen Volksgenossen z. B. ein Recht auf Arbeit, auf Erholung, auf soziale Unterstützung zusprechen, wenn wir das Recht jedes einzelnen auf Ehre derart betonen, so machen wir damit uns und anderen deutlich, daß die Frage nach den elementaren materiellen Lebensrechten jedes einzelnen als eine ewige besteht und ihre zeitgemäße Beantwortung erheischt.

[42] Vgl. zu Art. 153, 155, 163 Abs. 1 den Kommentar über den zweiten Teil der Reichsverfassung von Nipperdey: »Grundrechte und Grundpflichten«. Berlin 1929 und 1930.

Zweiter Teil.

Rechtssicherheit als formelles Problem.

(Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidung.)

Als im 19. Jahrhundert die Frage nach den Grundprinzipien der Verfassung entschieden ist und ein Kampf um sie sich erübrigt, tritt neben den Begriff der Rechtssicherheit im Sinne der Abgrenzung der Einzelsphäre gegenüber dem Staat ein anderer Begriff der Rechtssicherheit in den Vordergrund. Das Problem des Ausschlusses der Macht des Monarchen und der Willkür der Verwaltung, das bisher Gegenstand aller staatsrechtlichen und rechtsphilosophischen Erörterungen war, muß zurücktreten, nachdem die staatsrechtlichen Grundlagen der modernen Verfassung allgemein anerkannt sind. Überall sind ja im Rechtssystem bereits Garantien eingebaut, die den Untertan dem Staate gegenüber mit einem rechtlichen Schutz umpanzern. Eine Rechtsunsicherheit muß daher jetzt vor allem in der Möglichkeit erblickt werden, daß die staatlichen Gesetze von dem Richter nicht richtig oder nicht gleichmäßig angewandt werden. Man verlangt deshalb jetzt, nachdem die brennendsten staatsrechtlichen Fragen entschieden sind, als Rechtssicherheit in erster Linie die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidung. Alle menschliche Willkür und alle irrationalen Möglichkeiten sollen bei der richterlichen Berufsarbeit ausgeschlossen werden. Unsicherheitsfaktoren, wie sie durch die Persönlichkeit des Urteilers bedingt sein können, versucht man nunmehr unmöglich zu machen. Der Gedanke der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit, der seinen Ursprung zweifellos im öffentlichen Recht hat, wo er als Schutz dem Staate gegenüber dienen soll, wird in erster Linie auf private Rechtsverhältnisse über-

tragen [43]. Das Hauptinteresse der Literatur bewegt sich daher um die Jahrhundertwende um diese Frage der Rechtssicherheit bei der Rechtsanwendung im Privatrecht.

Das Streben nach Rechtssicherheit in diesem Sinne wird von Max Weber [44] mit den Bedürfnissen des Handels und Verkehrs erklärt: Die kapitalistische Entwicklung verlange, daß die rechtlichen Folgen eines Tuns von vornherein genau bestimmt seien und deshalb vorher genau berechnet werden könnten. Denn Voraussetzung des modernen Kapitalismus sei eine Rechtsordnung, die auf Berechenbarkeit und auf formaler Technizität beruhe, da der kapitalistische Wirtschaftsbetrieb, wenn er rational wirtschaften solle, sich darauf müsse verlassen können, daß berechenbar judiziert werde, ohne daß »rituell-religiöse und magische Gesichtspunkte« eine Rolle spielten. Das irrationale Moment, das immer unberechenbar bleibt, soll also ausgeschlossen werden, damit ein Zustand erreicht wird, in dem die rechtlichen Folgen allen Handelns genau berechnet werden können und in dem das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte sich ungestört jederzeit abspielen kann [45].

Auf welche Weise am besten eine solche Rechtssicherheit (im Sinne von Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit) geschaffen werden kann, dies Problem tritt im Laufe des 19. Jahrhunderts in den Mittelpunkt zahlreicher Betrachtungen.

Man glaubt, diesem Bedürfnis nach Rechtssicherheit komme vor allem der rechtswissenschaftliche Positivismus des 19. Jahrhunderts entgegen, der diesen Zustand der Berechenbarkeit durch die unbedingte Unterwerfung des Richters unter die Verbindlichkeit des inhaltlich möglicherweise ungerechten, aber durch die Vernunft der Positivität sanktionierten Gesetzes und Urteils erreichen will [46]. Der Richter soll nur erkennen, d. h. den konkreten Tatbestand feststellen und ihn unter die allgemeine Rechtsregel subsumieren, also eine logische Operation vornehmen. Je unfehlbarer die Sicherheit ist, mit der sich diese Operation vollzieht, umso mehr glaubt man die Rechtssicherheit gewährleistet. Dabei geht man von der Vorstellung aus, daß jede Rechtsfrage nur auf eine einzige Art und Weise sich richtig

[43] Stoll, a. a. O. S. 134 ff. Vgl. auch Jahrreiss in den Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien Heft *22* (1927), der allerdings auf den Zusammenhang mit der Rechtssicherheit nur in einer kurzen Bemerkung hinweist (S. 7. Bem. 11a).

[44] Wirtschaftsgeschichte. 1924. S. 240 und S. 293.

[45] Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. 1934. S. 13.

[46] Grewe, Gnade und Recht. 1934. S. 68, Anm. 2.

regeln lasse. Der Zweck der starren Bindung des Richters an das Gesetz ist, daß man sich nur der Norm und ihrem sicher feststellbaren Inhalt unterwerfen will, weil dies allein die Möglichkeit gibt, von allen unberechenbaren metaphysischen und metajuristischen Erwägungen abzusehen. Dies führt notwendig zu einer Identifizierung von Gesetz und Recht [47].

Schon bei Jeremias Bentham [48] finden sich diese typischen positivistischen Gedankengänge. Die Gesetze sollen wörtlich ausgelegt werden, so wie jeder Bürger sie ohne weiteres versteht. Jede Auslegung über die klare Wortbedeutung hinaus wird als Frevel an der Rechtssicherheit bezeichnet. Denn die Tätigkeit des Richters soll berechenbar sein. Jede Abweichung vom klaren und einleuchtenden Wortlaut des Gesetzes, jede andere als grammatische Interpretation, jedes »Konstruieren«, jede sinngemäße Übertragung der Regeln eines Tatbestandes auf den anderen gilt ihm als ein Verbrechen, das er mit heftigen Worten angreift: »With this manner of proceeding there is no security. All usurpation of a power superior to the law, though useful in its immediate effects, ought to be an objekt of dread for the future.« [49].

Im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts findet die Denkweise des Positivismus in dem Buche »Jurisprudenz und Rechtsphilosophie« von Karl Bergbohm (1892) ihren eindeutigsten Ausdruck. Zum Begriff des Rechts gehört danach die Vorstellung von etwas »Normativem, als abstrakte Regel, die befolgt sein will, Funktionierendem« (S. 81). Nur was solcher Satzung entspringt, ist Recht. Bergbohm bekämpft daher das Naturrecht, das von menschlicher Satzung unabhängig ist, und kommt zu dem Ergebnis, daß jedes nicht positive Recht praktisch untauglich und logisch undenkbar sei (S. 478).

Der konsequente Positivismus vertritt das »Dogma von der logischen Geschlossenheit des Rechts«, das seine Grundlage in der für die Zeit des Absolutismus typischen Vorstellung von abschließenden autoritären Ordnungen hat. Um jede Willkür des Richters auszuschließen, soll für jeden vorkommenden Fall eine bis ins Einzelne gehende, in klare Worte gefaßte Norm vorhanden sein. Zu diesem Zweck schaffte man damals Kodifikationen, die inhaltlich vollständig sein sollten. Alle im Leben beobachteten Arten von Vorkommnissen

[47] Carl Schmitt, Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. S. 30.
[48] Works, herausgegeben von John Bowring, Edinbourgh 1843, 2. Band, S. 229 ff., 307, 311, 325 ff. (vgl. die Übersetzung bei Carl Schmitt in Gesetz und Urteil, S. 63 ff.).
[49] Bentham, a. a. O. S. 325.

wurden als »Tatbestände« im Gesetz gesammelt und für jeden von ihnen die Norm aufgestellt, ein Grundsatz, der sowohl dem Codex Theresianus, wie dem Preußischen Landrecht zugrunde liegt. Suarez [50] hoffte so ein »bestimmtes Recht« zu schaffen, um die Staatsbürger »nicht von Richtern und Rechtsgelehrten, sondern von den Gesetzen allein abhängig zu machen«. Zur Vollständigkeit rechnet er u. a. auch, »daß bei jeder Materie die dabei vorkommenden Fragen, über welche die Rechtsgelehrten und auch wohl die Gerichtsstühle bisher nicht einig gewesen sind, aufgenommen und entschieden werden«. Da man auf diesem Wege alles, was das Leben an Rechtsfällen bietet, in das Gesetz aufgenommen zu haben glaubte, war dem Richter jedes Hinausgehen über das Gesetz und jedes Deuten am Gesetz verboten. Nach § 46 des Allgemeinen Landrechts darf der Richter bei der Entscheidung streitiger Rechtsfälle den Gesetzen keinen anderen Sinn beilegen, als welcher aus den Worten und dem Zusammenhang derselben in Beziehung auf den streitigen Gegenstand oder aus dem nächsten Grunde des Gesetzes ersichtlich ist. Der Richter soll nur mechanisch verfahren, sich jeder freien Geistestätigkeit enthalten und im Zweifel bei einer Gesetzeskommission anfragen und nach deren Beschluß entscheiden. Ferner war verboten, einen Kommentar oder eine Dissertation über das Gesetzbuch zu schreiben, weil man davon im Endergebnis eine Abweichung von dem »Buchstaben« des Gesetzes befürchtete.

Das 19. Jahrhundert strebte zwar nicht mehr eine Vollständigkeit des Gesetzes derart an, daß es für jedes denkbare, in den Rahmen des zu behandelnden Rechtsstoffes fallende Verhältnis eine unmittelbare Vorschrift geben wollte. Um berechenbare Entscheidungen zu schaffen, werden vielmehr die Tatbestände des Gesetzes jetzt möglichst abstrakt gefaßt, damit die durch den Fortschritt des Wirtschaftslebens bedingten zahlreichen neuen Lebensverhältnisse ebenfalls ergriffen werden können. Man will aber jeden einzelnen Fall im Wege der Logik aus einem lückenlosen, nach rein logischen Gesichtspunkten aufgebauten juristischen System entscheiden. An die Stelle der Vollständigkeit des Gesetzes, wie der absolute Staat sie sich vorstellte, tritt daher die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung. Die Entscheidungen sollten allerdings nach Möglichkeit aus dem bloßen Gesetzeswortlaut begründet werden. Nur wenn man auf diesem Wege zu keinem Ergebnis kam, sollte es erlaubt sein, das Gesetzbuch »im Bedürfnisfalle aus sich selbst«, d. h. aus dem in ihm enthaltenen Rechtssystem zu ergänzen, weil seine Prinzipien den Keim weiteren

[50] Adolf Stölzel, C. G. Suarez. Berlin 1885. S. 223 und 226.

Ausbaues in sich enthielten [51]. Im Wege der Rechts- oder Gesetzesanalogie glaubte man, alle erdenklichen Fälle aus dem Rechtssystem lösen zu können. Ein Lückenproblem bestand für den Positivismus ebenso wenig wie für die Zeit des allgemeinen Landrechts. Selbst Vertreter der historischen Schule, wie Savigny[52], meinten, das Recht dürfe nur »aus sich selbst« ergänzt werden. Das Gesetzbuch, das einzige Quelle des Rechts sei, müsse daher für jeden vorkommenden Fall im voraus die Entscheidung enthalten. Auch Savigny denkt sich dies nicht mehr so, als ob es möglich sei, »die einzelnen Fälle als solche durch Erfahrung vollständig kennen zu lernen und dann jeden durch eine entsprechende Stelle des Gesetzbuches zu entscheiden« [53]. Für ihn gibt es vielmehr »eine Vollständigkeit anderer Art« [54]. Er lehrt, jeder Teil unseres Rechts enthalte — ähnlich wie bei einem Dreieck — solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben seien. Man könne sie »die leitenden Grundsätze« nennen. Sie zu erkennen, gehöre zu den schwierigsten Aufgaben unserer Wissenschaft [55]. Im übrigen soll sich aber die Tätigkeit des Richters auf eine »rein logische Interpretation« beschränken, da das Gesetz zur Ausschließung aller Willkür gegeben worden sei [56]. Deshalb soll das Gesetz auch so vollständig sein, daß der, welcher es anwendet, nichts von sich selbst hinzuzutun braucht. Jede Auslegung aus dem Grund des Gesetzes wird verworfen [57]. Nur der objektive Sinn des Gesetzes ist zu erforschen. Solchen, die sich von dieser Methode freimachen, wirft Savigny vor, daß sie »untreu arbeiten«, denn hierdurch würde das Ziel »der höchsten Rechtsgewißheit« und damit »der höchsten Sicherheit gleichmäßiger Anwendung« gefährdet [58]. Auch für Karl Bergbohm [59], den klassischen Vorkämpfer des Positivismus, ist ein Recht etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes. Es ist jeden Augenblick voll, weil seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf

---

[51] Motive zum 1. Entwurf des BGB., Bd. I, S. 16.

[52] Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1840, S. 17 ff., außerdem Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz, 1802/03, S. 3, 4, 52 ff., 59, 64.

[53] Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. S. 21.

[54] a. a. O. S. 22.

[55] a. a. O. S. 22.

[56] Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz. 1802/03. S. 4.

[57] Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz. 1802/03. S. 52 ff.

[58] Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. S. 20. Ferner Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz. S. 46.

[59] Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. S. 384 ff.

an Rechtsurteilen deckt. Für Stammler[60] gibt es ebenfalls keine Lücke im Recht.

Der Satz von der Lückenlosigkeit des Gesetzes soll zu einer Ergänzung des Gesetzes auf dem Wege juristischer Logik führen und den Richter in den Stand setzen, in jedem einzelnen Fall, der vor ihn kommt, die Entscheidung vom Gesetzgeber zu übernehmen und sie an den Rechtsuchenden weiterzugeben, ohne daß es seiner eigenen Rechtsfindung bedarf. Denn im Interesse der Rechtssicherheit will man auf jeden Fall verhüten, daß der Richter, wenn er nicht auf Grund des Gesetzes entscheiden kann, seine Entscheidung auf Grund eigener rechtsschöpferischer Tätigkeit faßt. Nach dieser Ansicht ist auch für positiv-rechtlich nicht hinreichend geregelte Rechtsfragen nur e i n e Lösung möglich.

Es entsteht daher ein erbitterter Streit um die richtige Entscheidung. Mit allen Mitteln der Rechtstechnik, mit Rechtsdogmatik und Konstruktion, sucht man den Nachweis zu führen, daß sich das Recht aus dem positiven Gesetz ableiten läßt. Unter keinen Umständen gibt man zu, daß man auf diese Weise vom Gesetz abweicht, denn in der offenen Ablösung vom Gesetz erblickt man Rechtsunsicherheit.

Die Vorstellung von der Lückenlosigkeit und Einheit des Rechts führt schließlich dazu, daß der konsequente Positivist sich nur darum kümmert, ob seine Entscheidung im Gesetz, bezw. im Rechtssystem begründet ist. Dagegen prüft er sie nicht darauf, ob sie auch gerecht und zweckmäßig ist. Ihm genügt es, mit seiner Entscheidung Rechtssicherheit zu schaffen. Nach der Auffassung des Positivismus besteht zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit notwendig ein Widerspruch, da die Rechtssicherheit Positivität fordert, das positive Recht aber ohne Rücksicht auf seine Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit gelten will. Der zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit bestehende Zwiespalt wird eindeutig zugunsten der Rechtssicherheit gelöst. Die Opferung der Idee der Gerechtigkeit um der Rechtssicherheit willen ist der Ausdruck positivistischer Haltung, der die Geltung und die Übersehbarkeit des Gesetzes über alles geht. Der Richter soll nicht Diener der Gerechtigkeit, sondern der Rechtssicherheit sein.

Am schärfsten ist dieser Gedanke bei Radbruch[61] ausgedrückt. Der Richter, der sich dem Gesetz ohne Rücksicht auf seine Gerechtigkeit dienstbar macht, ist bei der Anwendung ungerechten Rechts

[60] Theorie der Rechtswissenschaft. S. 641.

[61] Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914. S. 183. — Rechtsphilosophie. 3. Aufl. 1932. S. 70 ff.

nicht bloß zufälligen Zwecken der Willkür dienstbar. Denn auch wenn er aufhört, Diener der Gerechtigkeit zu sein, weil das Gesetz es so will, bleibt er doch »immer Diener der Rechtssicherheit«. Nur der soll sich daher dem Berufe des Richters zuwenden, der sich zu dem »entsagungsvollen Bewußtsein durchgerungen hat, daß der Richter nicht Diener der Gerechtigkeit, sondern der Rechtssicherheit ist«. Daß dem Streit ein Ende gesetzt wird, ist nach Radbruch wichtiger, als daß ihm ein gerechtes Ende gesetzt wird. »Das Dasein einer Rechtsordnung kann wichtiger als ihre Gerechtigkeit sein.« Die Gerechtigkeit wird zwar als die zweite große Aufgabe des Rechts anerkannt, die erste aber ist die Rechtssicherheit.

Wenn der Positivismus in Deutschland sich auch bis in die jüngste Vergangenheit hinein als die juristische Methode auszugeben wußte[62], so fehlt es doch nicht an geistigen Gegenströmungen, wie die jahrzehntelangen Erörterungen über das Verhältnis von Gesetz und Urteil, Gesetz und Richter, Freirechtsbewegung und Interessenjurisprudenz zeigen, die ebenfalls an dem Erfordernis der Rechtssicherheit festhalten.

Das Ziel der Freirechtsschule und der ihr verwandten Richtungen ging dahin, dem Richter eine freiere Stellung zu geben, und eine Überwindung des Gesetzes durch das Recht herbeizuführen. Max Rumpf[63] fordert ein Richtertum, das Kraft und Selbständigkeit mit dem Verständnis für Rechtssicherheit zu verbinden weiß, und nicht nur Diener des Gesetzes, sondern Makler zwischen Gesetz und Rechtsleben ist.

Die Freirechtsschule will nicht auf die Rechtssicherheit im Sinne der Berechenbarkeit der Entscheidung verzichten, wenn sie den Richter auch von einer Bindung an das geschriebene Gesetz befreien will. An die Stelle des geschriebenen Gesetzes tritt ein überpositives, aus moralischen Werturteilen oder »Kulturnormen« entnommenes Recht. Ernst Fuchs, der typische Vertreter der Freirechtsschule, wendet sich scharf gegen den Vorwurf, die Freirechtsschule wolle die Rechtssicherheit abschaffen[64]. Zunächst behauptet er, könne man nicht etwas abschaffen, was überhaupt nicht vorhanden sei. »Die selbst das Unmögliche konstruierende und mit Umkehrschluß und Ähnlichkeitsschluß völlig unberechenbare Formaljurisprudenz«

[62] Carl Schmitt, Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. S. 30 und 31.

[63] Gesetz und Richter. 1906. S. 196 ff.

[64] Juristischer Kulturkampf, S. 10 ff. und 115 ff.; Juristische Wochenschrift 1914, S. 270.

sei nicht geeignet, Rechtssicherheit und Berechenbarkeit der Entscheidung zu gewähren [65]. Das fortschreitende Leben werfe immer neue Konstellationen und Streitfragen auf, deren Entscheidung durch begriffliche Ableitungen und juristische Logik immer nach zwei Richtungen ganz gut möglich sei. Alle Praktiker und das ganze Volk wüßten daher, daß jeder echte, d. h. nicht eindeutig liegende Prozeß ein Lotteriespiel sei. Das Ideal vollkommener Rechtssicherheit im Sinne der Voraussehbarkeit der Entscheidung könne zwar nie vollständig erreicht werden. Man könne ihm aber bedeutend näherkommen durch die von der Freirechtsschule vertretene soziologische Rechtswissenschaft, die die Entscheidung durch sachkundige Beobachtung des Lebens und des Verkehrsbedürfnisses finden wolle und daher nicht — wie die Begriffsjurisprudenz — vom Gesetz, sondern von einer eingehenden Begründung der Tatsachenwelt ausgehe. — Charakteristisch sind auch folgende Ausführungen von Ernst Fuchs [66]: »Es wird kein Menschenalter mehr dauern, bis allgemein von den Juristen anerkannt sein wird, daß die neue Schule in ihrem Kampf um eine ‚wahre, freie Rechtsfindung' ebenso allein auf gesetzlichem Boden steht, wie in ihrem Kampf um die wahre freie Beweiswürdigung. So wie dies und damit zugleich weiter anerkannt ist, daß die ‚freie Rechtsfindung' durch ihre offene Verantwortung die Rechtssicherheit gewaltig erhöht, bedeutet diese Erkenntnis den Sieg der neuen Schule in Rechtswissenschaft und Rechtsleben.«

Auch Ehrlich [67] verfolgt das gleiche Ziel und bekämpft die juristische Logik als die Methode des Positivismus, da sie völlig ungeeignet sei, das zu ergeben, was man von ihr verlange, nämlich die Bindung des Richters an das Gesetz oder ein festes, den Parteien vorhersehbares richterliches Erkenntnis. Mit juristischer Logik könne man alles beweisen; sie vermöge daher gerade der juristischen Rechtsbeugung einen willkommenen Schlupfwinkel zu bieten. »Gewiß würden nicht viele Richter es wagen, das als Ausdruck ihrer Rechtsüberzeugung zu erklären, was sie ruhig als Recht verkündeten, wenn sie sich durch einen verzerrten Paragraphen sicher gedeckt fühlten« [68].

Wenn diese Richtung auch Rechtssicherheit verlangt, so gilt sie ihr doch nicht mehr als letztes Ziel. Vielmehr soll in einem Fall, in

[65] Juristische Wochenschrift 1914. S. 270.

[66] »Die Justiz«. 1926. Zeitschrift für Erneuerung des deutschen Rechtswesens. Jahrgang 3. S. 290.

[67] Die juristische Logik in Arch. ziv. Prax. Bd. 115, insbesondere S. 424, 425, 429, und »Freie Rechtsfindung«, Leipzig 1903, S. 21.

[68] Die juristische Logik. S. 428/429.

dem Rechtssicherheit und Gerechtigkeit in Widerspruch treten, der Gerechtigkeit der Vorzug gegeben werden. Reichel[69] und James Goldschmidt[70] fordern die Befreiung des Richters von der vorbehaltlosen Unterwerfung des Richters unter das Gesetz. Nach ihnen ist der Richter kraft seines Amtes sogar verpflichtet, von einer gesetzlichen Bestimmung abzuweichen, wenn sie mit dem sittlichen Empfinden derart in Widerspruch steht, daß durch ihre Einhaltung die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein würde, als durch deren Außerachtlassung. Denn nicht, daß er entscheide, sondern wie er entscheide, und insbesondere, daß er gerecht entscheide, mache die Berufspflicht des Richters aus. Die Rechtssicherheit sei gewiß ein Ziel, aber auch nur ein Ziel, und bei weitem nicht das höchste und letzte.

Auch Marschall von Bieberstein[71] wendet sich gegen die Denkweise des Positivismus, weil dieser auf die Idee der Gerechtigkeit verzichte (S. 5). Er wehrt sich vor allem gegen die positivistische Identifizierung von Recht und Gesetz. Für ihn steht das Recht als Idee der Gerechtigkeit über dem Gesetz, das nur Hüter der Rechtssicherheit ist. Der Richter soll daher letzthin nur der Autorität des Rechts gehorchen. Die Antithese Recht und Gesetz gebraucht von Marschall allerdings nur unter Vorbehalt; denn auch durch eine Alleinherrschaft des Gesetzes werde die Rechtssicherheit nicht immer gewährleistet, wenn wechselnde Zufallsmajoritäten im Parlament gesetzgeberische Experimente zu machen in der Lage seien (S. 68 Anm. 213). Hierbei ist nicht zu vergessen, daß der scharfe Kampf von Marschalls gegen das Gesetz als Ausdruck der Rechtssicherheit aus der politischen Situation der Zeit heraus zu verstehen ist. Sein Buch ist 1927 geschrieben und wendet sich insbesondere gegen die Mißbräuche des pluralistischen Parteienstaates bei der Gesetzgebung. Wenn er den Richter auffordert, nur der Gerechtigkeit zu folgen, so bedeutet dies die Ablehnung der Gesetze der Weimarer Republik, soweit sie mit seiner Rechtsüberzeugung nicht in Einklang stehen.

Nicht so weit in ihren Forderungen gehen die Vertreter der Interessenjurisprudenz, die zwar auch eine starre Bindung des Richters an das Gesetz ablehnen, ihn aber zu einer historischen Interessenforschung »auf der festen Grundlage gesetzlicher Wertungen«

---

[69] Gesetz und Richterspruch. S. 111 ff.
[70] Juristische Wochenschrift 1924. S. 245: »Gesetzesdämmerung«.
[71] Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze. 1927.

verpflichten [72]. Entscheidend für sie ist das Interesse der Rechtssicherheit, d. h. das Bedürfnis nach gleichmäßigen und mit Bestimmtheit voraussehbaren Entscheidungen. Am besten glaubt man das Ideal der Rechtssicherheit durch eine volle Verwertung des historischen Materials erreichen zu können. Das Interesse an der Rechtssicherheit wird vielfach umschrieben mit dem Bedürfnis nach Stabilität, d. h. dem Interesse an der Erhaltung einer einmal zur Geltung gebrachten Rechtsordnung [73]. Denn die Voraussehbarkeit und Bestimmtheit der Entscheidung wird nur bei der Fortdauer und Verläßlichkeit einmal begründeter Rechtslagen gewährleistet.

Aus der Erkenntnis heraus, daß es sich bei all diesen Theorien nur um das Problem der Rechtssicherheit handelt, sieht Carl Schmitt [74] als Kriterium für die Richtigkeit einer richterlichen Entscheidung die begründete Annahme an, daß ein anderer Richter den Rechtsstreit ebenso entschieden hätte, weil dann die Entscheidung dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit entspreche. Nur der Gedanke der Rechtssicherheit (bezw. Rechtsbestimmtheit) soll also der Praxis das Maß für die Richtigkeit einer Entscheidung liefern. Diese Überbewertung der Rechtssicherheit zeigt, wie sehr um die Jahrhundertwende in allen Betrachtungen Rechtssicherheitsprobleme im Mittelpunkt des Interesses stehen. Mehr können wir diesen Betrachtungen aber nicht entnehmen.

Es genügt unserem Rechtsgefühl nicht, daß eine Entscheidung der formellen Anforderung der Rechtssicherheit entspricht. Wir wünschen, daß sie ihrem Inhalt nach auch gerecht sei. An der besonderen Darlegung Carl Schmitts ist auch zu beanstanden, daß die von ihm eingeführte Person des »anderen Richters, der ebenso entschieden hätte«, eine Fiktion bleibt, deren Wert demnach zweifelhaft ist. Die Auffassung von Carl Schmitt über die richtige Entscheidung ist aber deshalb interessant, weil in ihr klar die Bedeutung, die man der Rechtssicherheit beilegt, zum Ausdruck kommt.

All diesen Richtungen gegen den Positivismus ist gemeinsam die Ablehnung des Dogmas von der Geschlossenheit der Rechtsordnung.

Für sie ist die logische Geschlossenheit des Rechts keine Notwendigkeit, weil sie Rechtssicherheit mit anderen Mitteln als durch

[72] Siehe insbesondere Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. S. 3, 84, 182, 233.

[73] Rümelin spricht a. a. O., Seite 12, im gleichen Sinne von »Rechtsdauerinteresse«.

[74] Gesetz und Urteil. S. 71.

eine strikte Festlegung des Richters an feste Normen erreichen wollen [75].

Grundlegend für den Kampf gegen dieses Dogma des Positivismus wird Erich Jungs Schrift »Von der logischen Geschlossenheit des Rechts«, der die Rechtsordnung nicht als logisches, sondern als teleologisches Ganzes sieht. Denn wenn das positive Recht ein lückenloses, logisches Ganzes darstelle, sei es starr und unbeweglich und lasse keinen Raum für ein Sichverändern und Entwickeln im Sinne des Entwicklungsbegriffes. Nur eine teleologische Betrachtungsweise, die nicht ausschließlich mit der logischen Subsumtion arbeite, sondern die, wo nicht eine positive Regel das Ergebnis bestimme, der Maxime aus ihrer Funktion beizukommen suche, aus der Zweckmäßigkeit oder Unangemessenheit des Ergebnisses, lasse dem langsamen Wirken des Bedürfnisses Raum (S. 152).

All diesen Theorien, so sehr sie in ihren Lösungsvorschlägen von einander abweichen, bleibt aber schließlich gemeinsam die Forderung nach »Rechtssicherheit«. Zur rechtsphilosophischen Begründung des Rechtssicherheitsinteresses wird dabei meist [76] ausgeführt, daß es ungerecht wäre, die durch das Gesetz hervorgerufene Erwartung der Rechtsgenossen zu enttäuschen. Schon Jeremias Bentham, der radikalste Vertreter positiver Gesetzessicherheit, bezeichnet in solchem Sinn als Grundlage der Rechtssicherheit die expectation, das Vertrauen der Rechtsgenossen, daß das Gesetz unverbrüchlich gehandhabt werde [77].

Ebenso begründen nach Jellinek [78] alle Normen die Erwartung, daß sie, solange nicht ein rechtmäßiger Aufhebungsgrund besteht, unverbrüchlich gehandhabt werden. In diesem Vertrauen auf die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung wurzelt nach Jellinek die für jeden einzelnen notwendige Berechenbarkeit seiner Handlungen und ihrer Folgen, da sie allein das Vertrauen schaffe, ohne welches der Verkehr zwischen Menschen sich kaum über niedrige Anfänge

---

[75] Bieberstein, a. a. O. S. 3; Fuchs, Juristischer Kulturkampf, S. 117.

[76] Eine andere Wertung und damit Stellungnahme finden wir z. B. bei Ihering. (Der Zweck im Recht. 1. Bd. 4. Aufl. 1904. S. 300 und S. 376.) Für ihn bedeutet »Rechtssicherheit« in erster Linie eine Anforderung des Rechtsgefühls des einzelnen. Dieses Rechtsgefühl soll nicht verletzt werden, weil »felsenfest und unerschütterlich, wie der Gläubige in seinem Vertrauen auf Gott, der Mann des Rechtes in dem seinigen auf das Recht« stehe.

[77] a. a. O. S. 229, S. 307, S. 311 ff.

[78] Allgemeine Staatslehre. S. 396 ff.

zu erheben vermöge. Auch Heck [79] spricht von Rechtssicherheit im Sinne des Vertrauens der Rechtsgenossen auf das Eintreten des Rechtsschutzes, das durch einen Zustand der Rechtsordnung, der es möglich mache, vorauszusehen, wie die gerichtliche Entscheidung einer Rechtsfrage ausfallen wird, begründet werde. Max Rümelin [80] stellt ebenfalls als Ausgangspunkt seiner Betrachtung über Rechtssicherheit das Vertrauen dar, das der Bürger auf die Verwirklichung einer gegebenen Ordnung setzt: »Der einzelne, der sein Leben und seine Wirtschaft dem Recht entsprechend einrichten möchte, will vor allem wissen, was ihm erlaubt und was ihm verboten ist«. Daher ist nach Rümelin »erste Voraussetzung jeder Rechtssicherheit eine solche Bestimmtheit und Erkennbarkeit der jeweils geltenden Rechtssätze, daß eine Gleichmäßigkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns gewährleistet erscheint«. Nach Kraus [81] besteht die Rechtssicherheit darin, daß die Erwartungen hinsichtlich der künftigen Richtersprüche nicht getäuscht werden. Carl Schmitt [82] geht ebenfalls von der Erwartung des Volkes aus, daß »allgemein so entschieden worden wäre«. Der einzelne will sicher sein vor nicht voraussehbaren, vom individualistischen Standpunkt aus als willkürlich angesehenen Eingriffen der Staatsgewalt. Er will auf die ihm vom Gesetz überlassene Bewegungsfreiheit innerhalb seines Individualbereiches vertrauen können. Der Zusammenhang des Satzes nulla poena sine lege mit dem Rechtssicherheitsinteresse, auf den Henkel [83] hinweist, zeigt sich hier besonders deutlich.

Als Subjekt des Vertrauens und der Voraussicht werden entweder die rechtskundigen Kreise gedacht, welche die Praxis kennen und aus ihrer Gleichförmigkeit jenes Vertrauen ableiten, oder aber die einzelnen Laien, welche das Gesetz selbst einsehen und nun erwarten, daß der Eindruck, den sie erhalten haben, durch die gerichtliche Entscheidung bestätigt wird.

Ebenso wie das Verlangen des Bürgers nach Rechtssicherheit auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts zur Forderung bestimmter Einrichtungen führt, gibt es auch auf dem Gebiet des Privatrechts Anlaß zu Vorschlägen für Institutionen, die der Hebung der

[79] a. a. O. S. 82.
[80] a. a. O. S. 9.
[81] Kraus, Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation; Zeitschrift für das private und öffentliche Recht, Bd. 32. S. 613.
[82] a. a. O. S. 88.
[83] Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Hamburg 1934.

Rechtssicherheit dienen sollen. Es lassen sich vor allem drei Gruppen von Einrichtungen unterscheiden: Gerichtshöfe, Präjudizien und Rechtsverordnungen.

Als Vorbild der Gerichtshöfe, die man zur Förderung der Rechtssicherheit vorschlägt, muß die im Allgemeinen Landrecht angeordnete preußische Gesetzeskommission, die die Gewißheit und Einheit des Rechts durch bindende Auslegung der Gesetze schützen sollte, angesehen werden. Fand der Richter während des Prozesses den Sinn der Gesetze zweifelhaft, so mußte er bei dieser Gesetzeskommission anfragen und nach ihrem Beschlusse den Prozeß entscheiden (§ 47 ALR.)[84]. Der Auslegung der Gesetzeskommission war bindende Kraft beigelegt, auch die Appellationsgerichte waren daran gebunden, so daß ein Rechtsmittel in Beziehung auf Rechtsfragen niemals Erfolg haben konnte. Durch die Kabinettsorder vom 8. 3. 1798 wurde zwar die Einrichtung dieser Gesetzeskommission abgeschafft. Der Mangel eines Instituts zur Erhaltung der Einheit und Gewißheit der Rechtspflege paßte aber nicht in die Zeit des Absolutismus. An die Stelle des § 47 des ALR. trat § 2 des Anhanges zum ALR.[85], wonach der Richter allerdings in Zweifelsfällen nicht mehr bei einer Gesetzeskommission anfragen mußte, aber für verpflichtet erklärt wurde, die vermeinte Dunkelheit des Gesetzes dem Chef der Justiz »zum Behufe der künftigen Legislation« anzuzeigen. Eine ähnliche Einrichtung traf auch die Gesetzgebung der französischen Revolution. 1790 wurde der Richter ermächtigt, sich unmittelbar an die Legislative zu wenden, wenn nach seiner Meinung das Gesetz eine Rechtsfrage hatte zweifelhaft erscheinen lassen. Verpflichtet war er hierzu bei auffallenden Widersprüchen in der Rechtsprechung, die eine Lücke des Gesetzes erkennen ließen[86].

Ähnliche Einrichtungen zum Zwecke der Rechtssicherheit sind bis zur Gegenwart in Gestalt der Rechtshöfe gefordert worden. Viel besprochen wurde seiner Zeit der Vorschlag von Zeiler[87]. Wenn das Gesetz Zweifel oder Lücken aufweist, so soll man den betreffenden Streitfall einer besonderen Behörde unterbreiten und diese soll über die zweifelhafte Rechtsfrage eine Feststellung treffen, die sodann auch für weitere Streitfälle verbindlich bleibt. Maßgebend für

[84] Vgl. Kommentar zum ALR. von Koch. 8. Aufl. Berlin und Leipzig. S. 57, Anm. 91.

[85] Kommentar von Koch, a. a. O.

[86] Vgl. Dyroff, in: Annalen des Deutschen Rechts. 1907. S. 433 ff.

[87] Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung. 1911. Deutsche Richterzeitung 1914. S. 109 ff.

Zeiler ist das Interesse des Rechtsverkehrs, das voraussehbare, klare und unzweideutige Entscheidungen verlangt. Diesem Zwecke kann nach seiner Ansicht nur der Rechtshof dienen, dessen Aufgabe es sein soll, abstrakt eine bindende Festlegung zweifelhaften Rechts zu treffen. Zeiler meint, auf diese Weise werde das Gesetz, wo es unklar, unscharf, zweideutig und unvollständig sei, erläutert und vervollständigt. — Bis in die neueste Zeit hinein sind ähnliche Vorschläge gemacht worden. 1931 veröffentlichten Blomeyer, Zeiler und Gerland [88] noch den »Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Rechtssicherheit«. Man will zwar nicht mehr einen Rechtshof schaffen, dessen Aufgabe allein in dem Erlaß von Rechtssprüchen besteht Vielmehr soll das Reichsgericht, das auf Grund seiner Erfahrungen hierfür als besonders geeignet angesehen wird, ermächtigt werden, über streitige oder zweifelhafte Fragen des Reichsrechts bindende Rechtssprüche zu erlassen. Die Anregung zu einem Rechtsspruch soll vom Reichsgericht, einem Reichsgerichtssenate, dem Präsidium eines Oberlandesgerichts oder vom Reichsjustizministerium ergehen. Im übrigen entspricht dieser Vorschlag genau der von Zeiler gegebenen Anregung. Zur Begründung beruft man sich ebenfalls darauf, daß der Verkehr ohne den festen Boden eines in erreichbaren Grenzen sicheren Rechts nicht gedeihen könne. Der Verkehr erfordere die Vorausberechenbarkeit der Wirkungen der Rechtshandlungen, die nur das Gesetz zu gewährleisten imstande sei.

Der Gedanke der Einrichtung eines Rechtshofes fand begeisterte Aufnahme bei all denen, die um jeden Preis Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit der Entscheidung forderten. Dies zeigt am besten die Umfrage, die Zeiler über den Rechtshofgedanken veranstaltete [89]. So schrieb ein Professor und Rechtsanwalt [90] dazu, der Rechtshof sei deshalb zu begrüßen, weil »selbst eine wissenschaftlich unrichtige, aber bindende Stellungnahme besser sei als Unsicherheit«. Ähnlich äußert sich ein anderer Professor [90] dahin, am höchsten unter den Aufgaben der Rechtspflege stehe die Rechtssicherheit. Ihm sei daher ein unrichtiges Recht lieber als ein unsicheres Recht. In einem Teil der Äußerungen zu der Frage des Rechtshofes kommt das dringende Bedürfnis der Wirtschaft nach Rechtssicherheit zum Ausdruck. Ein Fabrikdirektor weist darauf hin, nirgends so sehr wie in der Praxis und im geschäftlichen Leben werde es als nachteilig empfunden, daß in einer großen Anzahl von Rechtsfragen volle Unsicherheit über die

[88] DJZ. 1931. S. 1349 ff.
[89] Vgl. Deutsche Richterzeitung 1914. S. 101 ff.
[90] Deutsche Richterzeitung, a. a. O. Nr. 10.

Lösung bestehe [91]. Der Geschäftsführer eines industriellen Vereins [92] schreibt dazu, die Industrie werde jedes Mittel, das die Rechtssicherheit vermehre, freudig begrüßen, denn nichts sei für sie bedenklicher als Rechtsunsicherheit. Dem entspricht auch die Äußerung eines Großindustriellen: Besser ein sicheres Unrecht als ein stets unsicheres Recht [93]. Die Anhänger der Freirechtsschule lehnen selbstverständlich den Rechtshof ab, da sie neue Fesseln des Richters befürchten, die mit ihrer Forderung einer Freistellung des Richters nicht in Einklang stehen. Der Richter soll allein die Lücken ausfüllen. Die freie Entwicklung der Rechtsprechung soll nicht durch bindende Aussprüche des Rechtshofes gehemmt werden. Reichel [94] und Ehrlich [95] machen gegen die Einrichtung eines solchen Rechtshofes geltend, daß er einen Rückfall in die Denkweise des absoluten Staates bedeute.

Für den Rechtshof scheint die Tatsache zu sprechen, daß das Reichsgericht heute schon weithin, insbesondere auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit [96], die Funktionen ausübt, die ihm von den Vertretern des Rechtshofgedankens übertragen werden sollen. Aber es bleibt doch zu beachten, daß diese Gefolgschaft auf der natürlichen Autorität des Reichsgerichtes beruht und sich damit zugleich in sinnvoller Weise begrenzt, während bei Einführung eines offiziellen Führungsanspruches die Gefahr einer Überschwemmung der Praxis auch mit solchen Auslegungen bestünde, die keineswegs als endgültig anzusehen, aber wohl geeignet wären, selbst wieder die Quelle von Auslegungsschwierigkeiten und Kontroversen aller Art zu werden [97]. Zu bedenken wäre endlich, daß ein derartiger, alle Zweifelsfragen autoritär entscheidender Gerichtshof politische Funktionen ausüben würde, und daß es keineswegs einfach sein dürfte, diesen Aufgabenkreis in befriedigender Weise der Gesetzgebung gegenüber abzugrenzen. Überwiegende Gründe sprechen daher wohl für die Ablehnung eines solchen Rechtshofes.

Ein weiteres Mittel zur Schaffung von Rechtssicherheit sah man in der Bindung an Präjudizien. Der Gedanke an ein Präzedenziensystem lag umso näher, als Beispiele in den Rechtsordnungen verschiedener Staaten zu finden sind.

[91] Deutsche Richterzeitung, a. a. O. unter Nr. 32.
[92] Deutsche Richterzeitung, a. a. O. unter Nr. 84.
[93] Zitiert bei Otto, Gewißheit des Richterspruchs. 1915. S. 78.
[94] Gesetz und Richterspruch. S. 78 und 111.
[95] Archiv für die ziv. Prax. Bd. 115. S. 121 und 122.
[96] Vgl. auch RG. 59, 388 und Juristische Wochenschrift 1906, 134.
[97] Rümelin, a. a. O. S. 67.

Die Ordnung für das Oberappellationsgericht zu Kassel von 1746 bestimmte, daß dessen Entscheidungen über Kontroversen »solange und viel, bis wir selbst ein anderes verordnen, zu Grunde genommen werden sollen«. Falls keine anderen gesetzlichen Bestimmungen entgegenstanden, war das Oberappellationsgericht an seine Urteile gebunden. Im Interesse der Rechtssicherheit mußte es seine Praxis selbst dann noch aufrecht erhalten, wenn sie dem neueren Stand der Wissenschaft nicht mehr entsprach. Ähnliche Vorschriften wurden in anderen Ländern für die Präjudizien ihrer obersten Gerichte erlassen. Der Ordnung von 1816 gemäß sollten die von dem Jenaischen Oberappellationsgericht öffentlich bekanntgemachten Präjudizien als Norm auch für die unteren Gerichte gelten. Auch in Preußen (vergl. die Kabinettsorder vom 1. 8. 1836), in Bayern (Codex Maximilianaeus Bavaricus I, 2 § 14) und in Hannover (Gesetz von 1838) bestimmten ähnliche Gesetze, daß den Präjudizien der Obergerichte erhöhte Bedeutung beizumessen sei[98].

Von noch größerem Einfluß auf die Forderung der Bindung des Richters an präjudizielle Entscheidungen anderer Gerichte war aber das Vorbild Englands. Neben dem Common Law (Gewohnheitsrecht), das überwiegende Bedeutung hat und dem Statute Law (Gesetzesrecht) spielt hier das Case Law, d.h. das in Präzedenzien zur Entscheidung gelangende Recht eine bedeutende Rolle. Präzedenzkraft erlangt im Augenblick der Rechtskraft des Urteils der Rechtssatz, auf dem sich die Entscheidung unmittelbar aufbaut. Insbesondere Adickes[99] und Gerland[100] halten die Übertragung dieses Präzedenzsystems in die deutsche Rechtsordnung für empfehlenswert. Zur Begründung beruft man sich auf Rechtssicherheitserwägungen: Das gegenwärtige deutsche System, das dem Urteil nur Rechtskraft, aber nicht Gesetzeskraft verleihe, sei nicht geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen[101]. Wenn man den Urteilen der Gerichte Präzedenzcharakter beilege, würden die Streitfragen im Recht gemindert. Außerdem würde die Autorität des Reichgerichtes gehoben, die gegenwärtig darunter leide, daß seine Sprüche niemals anerkannt, stets aber, und zwar mitunter auf das schärfste, kritisiert würden. Man erkennt zwar die Mängel des englischen Systems: Unsystematik der Fortgestaltung und die Gefahr der Erstarrung des Rechts an. Jedoch weist man darauf hin, dies seien typisch englische Fehler, die im wesentlichen

[98] Stobbe, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., 1893, Bd. I, § 24.
[99] Stellung und Tätigkeit des Richters. 1907. S. 13.
[100] Probleme des englischen Rechtslebens. S. 20 ff. und S. 26.
[101] Gerland, a. a. O. S. 25.

auf der Vorherrschaft des Gewohnheitsrechts beruhten. In unserem Rechtssystem, in dem das Gesetzesrecht die Vorherrschaft habe, könnten sie dagegen niemals diese Bedeutung erlangen.

Die Übertragung des Präzedenziensystems auf deutsche Verhältnisse ist dann aber von dem Schrifttum allgemein abgelehnt worden (meines Erachtens aus triftigen Gründen). Die Wirkung dieses Mittels zur Erlangung von Rechtssicherheit kann nur eine beschränkte sein. Denn vielfach wird gerade darüber wieder Zweifel und Streit entstehen, ob der neu zu entscheidende Fall ebenso liegt wie der früher entschiedene, da infolge der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse zwei Fälle niemals restlos identisch sein werden [102]. Die Präjudizien sind auch deshalb zur Schaffung von Rechtssicherheit nicht geeignet, weil sie sich vom rechtsuchenden Laien noch weniger als das Gesetz überschauen lassen. Rümelin [103] befürchtet daher mit Recht, daß sie zu einer Advokatenherrschaft im Prozeß und im Rechtsgeschäftsverkehr — wie das Beispiel Englands lehrt — führen würden. Die formale Bindung des Richters an Vorentscheidungen hinderte auch den Fortschritt und das Eindringen neuer Rechtsgedanken. Eine Erstarrungsmöglichkeit ist zweifellos dadurch gegeben, daß die Präjudizien nur durch ein Gesetz beseitigt werden können. Schließlich bedeutete das Präzedenziensystem auch eine Gefahr für den Richterstand insoweit, als es zur Geistlosigkeit und Mechanik der Rechtsanwendung lockt. Eine Selbständigkeit des Gedankenganges wird durch das Präzedenz nur selten gefordert.

Die deutsche Praxis richtet sich heute auch ohne solchen Präjudizienzwang allgemein nach dem Urteil der höchsten Gerichte, wenn jene auch de jure keine Gesetzeskraft haben. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes ist vor allem in den Fällen von ausschlaggebender Bedeutung, in denen der Inhalt der Entscheidung relativ gleichgültig ist gegenüber dem Bedürfnis, überhaupt eine Entscheidung zu haben. In allen übrigen Fällen wird sich der gute Richter aber einer Vorentscheidung nur anschließen, wenn er deren Inhalt auf Grund eigenen Studiums und nach eingehender Kritik als richtig anerkannt hat. Besonders Rumpf [104] betont scharf, daß »die Präjudizien nie zwingende Marschrouten« seien, sondern »nur Fingerzeige« zu geben vermögen, denen man nur folge, wenn man sie nachgeprüft habe. Die Gefahr, daß das Präjudiz eines Falles ungeprüft auf den nächsten ähnlichen Fall übertragen wird, und der Richter sich das selb-

[102] Rümelin, a. a. O. S. 63.
[103] a. a. O.
[104] Rumpf: Gesetz und Richter. 1906. S. 132.

ständige Denken spart, ist jedenfalls bei einer äußeren Bindung an die Sprüche der Oberlandesgerichte stärker als bei der heutigen Praxis. Im übrigen darf nicht verkannt werden, daß unsere höchsten Gerichte sowohl im Hinblick auf die Überlegenheit ihrer Einsicht wie mit Rücksicht auf die Gestaltung einer verläßlichen Rechtseinheit einen natürlichen Führungsanspruch besitzen, dem sich der einzelne Richter nur dann entziehen darf, wenn ihm nach seiner besonderen Persönlichkeit und dem Stand seiner Einsicht eine solche Selbständigkeit wirklich zukommt [105]. Den Wert einer festen, zuverlässigen Praxis erkennt auch das Gesetz bereits an verschiedenen Stellen an. Die §§ 136, 137, 138 GVG., § 28 FGG., § 79 Abs. II GBO., § 66 AO. haben eindeutig den Zweck, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und die Rechtssicherheit zu fördern. Einrichtungen hingegen, die im Übermaß eine Bindung des Richters an Präjudizien bei uns erzwingen wollten, würden meines Erachtens letzthin eine freie und lebendige Entwicklung des Rechts stören.

Ein dritter Vorschlag zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit ging dahin, einer Verwaltungsbehörde, dem Reichsjustizministerium oder dem Bundesrat das Recht zu geben, in Form von Verordnungen Abänderungsvorschläge zu veröffentlichen, die Gesetzeskraft erlangen sollten, sofern nicht binnen einer Prüfungsfrist im Parlament Widerspruch erhoben würde [106]. Die Aufgabe dieser parlamentarisch kontrollierten Rechtsverordnungen sollte die Rechtsfortbildung sein, die Beseitigung kleiner legislativer Fehler, sodann die Abgrenzung von »Stabilitäts- und Fortbildungsinteressen« und die Lückenergänzung in Fällen, die eine streng positive Neuregelung wünschenswert erscheinen lassen. Die Notwendigkeit dieser Verordnungen begründete man damit, daß das konstitutionelle Gesetz zu schwerfällig, die richterliche Gebotsbildung aber nicht wirksam genug sei, um die »juristische Filigranarbeit« und die Ausfüllung unserer Gesetze im einzelnen zu erreichen. Auch Rümelin [107] ist für ein solches Verordnungsrecht, das nicht einem besonderen »Rechtshof«, sondern einem schon vorhandenen Regierungsorgan — etwa dem Reichsjustizministerium — erteilt werden soll. Ein Vorbild für seinen Vorschlag sieht Rümelin in dem prätorischen Recht der Römer, das es verstanden habe, die Rechtssicherheit mit dem Rechtsfortschritt und der Anpassungs-

---

[105] König, Die Bindung des Richters an präjudizielle Urteile anderer Gerichte. S. 88.

[106] Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. 1914. S. 302 ff.

[107] a. a. O. S. 68 ff.

fähigkeit an die veränderten Verhältnisse in genialer Weise zu verbinden.

Der Praetor ist im römischen Recht ein Moment der Rechtsfortbildung in einem überaus konservativen und traditionsgebundenen Rechtssystem und übt unter diesem Gesichtspunkt, wenn man die stetige Erweiterung des römischen Imperiums bedenkt, eine ungemein notwendige Funktion aus. Schon zu der Zeit, als Heck und Rümelin ihren Vorschlag machten, war von einer vergleichbaren deutschen Situation schwerlich die Rede (s. die massenhaften Gesetze und Gesetzesänderungen). In der Folgezeit aber wurden wir mit Gesetzen geradezu überschwemmt, so daß insoweit für ein weiteres (anonymes) Gesetzgebungsorgan kaum ein Bedürfnis bestand. Soweit hier Schwierigkeiten eintraten, beruhten sie weniger auf mangelhafter Gesetzgebungsfreudigkeit der Zeit, als auf der mit dem Parlamentarismus gegebenen Schwierigkeit, notwendige Maßnahmen unverfälscht und schnell durchzusetzen. Dieses Hemmnis ist aber heute vollkommen behoben. In kürzester Zeit kann man auf allen Gebieten mit den notwendigen generellen Anweisungen rechnen. Ein Verordnungsrecht in unserer Zeit hätte seine tiefere Rechtfertigung um deswillen verloren, weil nunmehr die Schranken, die die Verfassung von Weimar dem Gesetzgeber durch das Parlament gesetzt hatte, gefallen sind. Der Gang der Gesetzgebung ist heute derart vereinfacht worden, daß es ohne weiteres möglich scheint, den jeweiligen Anforderungen der Zeit alsbald gerecht zu werden. Einziges Gesetzgebungsorgan ist heute praktisch die Reichsregierung, und das einzelne Ministerium besitzt dank zahlreicher Delegationen weithin die Möglichkeit, sofort zu handeln, ohne das Kabinett anzugehen.

Dritter Teil.

Das Problem der Rechtssicherheit im nationalsozialistischen Staat.

I. Der Begriff Rechtssicherheit steht auch heute noch im Mittelpunkte des Interesses, wenn er auch vielfach als Ausdruck liberalistischen Gedankengutes verworfen wird. Allerdings sind die Gegner sich häufig nicht klar darüber, daß der Begriff Rechtssicherheit in verschiedenen Bedeutungen gebraucht wird. Aus der Erkenntnis heraus, daß Rechtssicherheit im nationalsozialistischen Staat nicht mehr die Ausgangsbedeutung haben kann, schematisch festgelegte individuelle Freiheitskreise vor willkürlichen Eingriffen der Staatsgewalt zu sichern, lehnen sie den Rechtssicherheitsbegriff grundsätzlich ab, ohne zu bedenken, ob jener Begriff nicht im Sinne von Berechenbarkeit von Entscheidungen noch unmittelbare Bedeutung beanspruchen könnte und ob das Verlangen des einzelnen, sich auch materiell gesichert zu sehen, nicht in neuen Rechtsbildungen (Recht auf Arbeit, auf Ehre usw.) seinen gewandelten Ausdruck findet.

Daher beachten die Gegner nicht hinreichend, daß sie sich eigentlich weniger gegen die Idee der Rechtssicherheit selbst wenden, als gegen die Mittel und Formen, mit denen man bisher Rechtssicherheit schaffen wollte. Bei der Frage nach dem Wert der Rechtssicherheit für unsere Zeit müssen aber all diese Punkte geklärt werden. Insbesondere ist hierbei eine Unterscheidung der verschiedenen Bedeutungen des Wortes Rechtssicherheit erforderlich.

Ausdruck der individualistisch verstandenen Rechtssicherheit war der bürgerliche Rechtsstaat mit seiner Garantie der Grundrechte und der Teilung der Gewalten. Die Lösung unserer Frage läßt sich daher von dem Problem des »Rechtsstaates« nicht trennen. Ein bür-

gerlicher Rechtsstaat, der nur den Schutz des einzelnen bezweckt, besteht nicht mehr. Liberale Grundrechte, die in diesem Sinne dem einzelnen gegenüber der Staatsgewalt zustehen und eine staatsfreie, d. h. private und unpolitische Sphäre garantieren sollen, kann es nicht mehr geben, denn sie widersprechen der Gemeinschaft als dem politischen Grundwert des Nationalsozialismus. Das Verhältnis des einzelnen zum Staat wird heute nicht mehr als zentral von dem Gesichtspunkt aus betrachtet, daß der Staat durch seine Verfügungen Eingriffe in die Freiheitssphäre des einzelnen vornimmt und ihn damit in seiner freien Entfaltungsmöglichkeit beengt. Auch eine Zerlegung der staatlichen Gewalt, die ausschließlich den Interessen des liberalen Bürgertums zu dienen bestimmt war, entspricht nicht mehr dem neuen Staat. Die Totalität des politischen Handelns und Wollens läßt eine solche Zerlegung der staatlichen Gewalt nicht mehr zu, sie verlangt grundsätzlich und ausnahmslos die Einheit der Staatsgewalt [108]. Die Gewaltenteilung kann daher nicht mehr eine Zerlegung der Staatsgewalt zur Verwirklichung subjektiven Rechtssicherheitsanspruches bedeuten, sondern nur noch eine organisatorische Trennung der Staatsfunktionen, bei der durch die politische Führung die Einheit der Staatsgewalt verbürgt ist. Alle wesentlichen Einrichtungen, die der Bürger zu seiner politischen Rechtssicherheit im Rechtsstaat fordert, sind daher entfallen.

Hieraus schließt nun ein Teil des Schrifttums [109], daß der Begriff des Rechtsstaates an die verfassungsrechtliche Lage des 19. Jahrhunderts gebunden sei und für den Staat des 20. Jahrhunderts keine Bedeutung mehr habe. Man sucht deshalb zu verhindern, daß »der durch den Sprachgebrauch des 19. Jahrhunderts endgültig festgelegte Rechtsstaatsbegriff« in den Sprachgebrauch des 20. Jahrhunderts eindringt. Demgegenüber steht die Auffassung, das Wort Rechtsstaat sei ein »ewiges Wort«, da es so gebraucht werden könne, daß es den typischen Zusammenhang von Staat und Rechtsverwirklichung bezeichne. Von hier aus betrachtet sei der Staat des 19. Jahrhunderts ein typischer Gesetzesstaat, während der nationalsozialistische Staat »Rechtsstaat« im wahren Sinne sei [110].

Es läßt sich nicht leugnen, daß die Übernahme und Weiterführung des Wortes »Rechtsstaat« zum mindesten bedenklich erscheint, denn der Begriff Rechtsstaat, der sich anfangs des 19. Jahrhunderts durch-

[108] Huber, Die Einheit der Staatsgewalt, in DJZ. 1934. S. 954.

[109] Vgl. insbesondere Carl Schmitt, Ztschr. f. d. ges. Staatswiss., Bd. 95, S. 189, ferner Krauss, in der Disputation über den Rechtsstaat.

[110] v. Schweinichen, Disputation über den Rechtsstaat. S. 30.

gerungen hat und dazu bestimmt war, die Freiheit des Bürgers zu schützen, ist zweifellos Bestandteil des individualistischen Denksystems geworden. Er gehört zu den für das letzte Jahrhundert typischen, zahlreichen mit Hilfe des Wortes »Recht« bewerkstelligten Doppelbegriffen wie Rechtsordnung, Rechtsmacht, Rechtspflicht, Rechtsschutz und Rechtsverordnung, die »die spezifisch bürgerliche rechtsstaatliche Tendenz zur Reduzierung sowohl des Rechtsbegriffs wie der einem solchen Rechtsbegriff unterstellten konkreten Ordnung zeigen« und die daher einer neuen Prüfung bedürfen [111]. Zur Bezeichnung des neuen Staates wird man den Begriff Rechtsstaat daher besser überhaupt nicht oder nur mit einem entsprechenden Zusatz verwenden.

Es liegt die Annahme nahe, das gleiche müsse für den Begriff Rechtssicherheit gelten, der im 19. Jahrhundert mit dem bürgerlichen Rechtsstaat alle wesentlichen Elemente teilte. Diese Annahme ist jedoch nicht gerechtfertigt. Richtig ist zwar, daß Rechtssicherheit nicht mehr Abgrenzung der Einzelsphäre gegenüber dem Staat aus eigennützigen Interessen bedeuten kann. Bei dem Begriff Rechtssicherheit ist aber leichter als bei dem Begriff Rechtsstaat eine dem nationalsozialistischen Denken entsprechende Umdeutung möglich. Dies hängt damit zusammen, daß der Begriff Rechtssicherheit von jeher in wechselnder Bedeutung verwandt worden ist. Er ist daher nicht so eindeutig wie der Begriff Rechtsstaat ausschließlich ein Ausdruck liberaler Staatsideale. Mit einem neuen Inhalt ist er auch ohne Bedenken von führenden Persönlichkeiten in den Sprachgebrauch des Dritten Reiches übernommen worden [112].

Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat sind nach wie vor allenthalben praktisch, soweit sie nicht nur den Schutz des einzelnen ohne Rücksicht auf überwiegende Gemeinschaftsinteressen bezwecken. Im übrigen fordert gerade das Gesamtinteresse verantwortliches Handeln jedes einzelnen Volksgenossen. Hierzu braucht er aber einen gewissen Spielraum, innerhalb dessen er sich frei entscheiden kann. Subjektive Rechte, die nicht vorwiegend liberalen Interessen dienen, stehen daher nicht im Gegensatz zu der nationalsozialistischen Rechtsauffassung. Sie können deshalb auch heute noch Geltung beanspruchen. Die Tatsache, daß ein Interessenkreis des einzelnen besteht, den er schützen will, wird allgemein anerkannt. Die Sicherung soll nur nicht mehr mit den alten liberalisti-

[111] Carl Schmitt im Nachwort zur Disputation über den Rechtsstaat von Krauss und Schweinichen. S. 85 ff.

[112] Vgl. Göring, a. a. O.

schen Methoden und Einrichtungen geschehen, die jetzt unter dem Gesichtspunkt zurücktreten, daß der nationalsozialistische Staat dem Volk dienen und insoweit im Gegensatz zum absoluten Staat nicht ohne zwingenden Grund, d. h. nur dann, wenn die Lebensnotwendigkeiten des Volkes es gebieten, in den Lebensbereich des einzelnen Volksgenossen eingreifen will [113]. Das dementsprechende Vertrauen des Volkes auf die Führung erscheint als wesentliches Element des neuen Rechtssicherheitsbegriffes. Die Garantie, daß der Staat die Gesetze ordnungsmäßig und zweckentsprechend anwendet, ist auf »Treue und Vertrauen, auf einen unerschütterlichen Glauben zu dieser Staatsidee begründet« [114]. Dies Vertrauen aber besteht nur, wenn jeder einzelne weiß, daß der Führer durch die berufenen Organe unablässig bemüht ist, seinen ständigen lebendigen Anspruch auf Gerechtigkeit, auf Verwirklichung des Rechtes und Gesetzes zu erfüllen [115]. Hingegen gehört für uns zur Rechtssicherheit nicht mehr die Vorstellung, daß der Staat verpflichtet sei, jede Gesetzesbestimmung zu jeder Zeit starr und ohne Rücksicht auf besondere Verhältnisse des Einzelfalles anzuwenden. Durch Umstände, die die Anwendung der ordentlichen Gesetze geradezu zu »schwerem Unrecht« machen, ist ein Abweichen vom Gesetz gerechtfertigt. Nur ein willkürliches Abweichen vom Gesetz bedeutet uns nach wie vor Rechtsunsicherheit [116]. Auch auf dem Deutschen Juristentag 1936 wurde entsprechend betont, daß die wahre Rechtssicherheit nur auf gegenseitiger Treue und auf dem Vertrauen zur Führung aufgebaut werden kann. »Die Gewißheit, daß Rechtsordnung und Gerechtigkeit im Dienst und zum Wohl der Gemeinschaft durchgesetzt werden, gibt dem einzelnen Glied der Gemeinschaft das Vertrauen, daß damit auch sein Recht und seine Sicherheit gewährt und geschützt ist« [117].

Ein weiterer Unterschied des neuen Rechtssicherheitsbegriffes gegenüber dem individualistischen Rechtssicherheitsbegriff liegt in folgendem: Bisher war der Rechtssicherheitsbegriff ausschließlich auf den einzelnen ausgerichtet, auf die Wahrung seiner Rechtsstellung, auf die Sicherung seines privaten Freiheitsbereiches und auf die Durchsetzung seiner Interessen. Nunmehr steht aber im Mittel-

[113] Vgl. Haarkens, in: Jugend und Recht. 1935. S. 280.
[114] Göring, a. a. O. S. 8.
[115] Siehe oben.
[116] Göring, a. a. O. S. 15.
[117] Barth, in seiner Rede über »Rechtssicherheit und Gerechtigkeit« auf dem Deutschen Juristentag 1936. Vergl. »Deutscher Juristentag«. 1936. S. 143 ff.

punkt allen Rechts und aller Rechtsbetrachtung das Volk als Gemeinschaft [118]. Es geht bei der Rechtssicherheit nicht mehr um die Sicherung des Primats der privaten Freiheit und von Rechtsinteressen, sondern um die Sicherung und Gewährleistung des Wohles der Volksgemeinschaft, ihrer Rechtsordnung und ihres Rechtslebens. Infolgedessen hat der einzelne einen Anspruch auf Rechtssicherheit nur als »Glied, als Teil der Volksgemeinschaft« [119]. Denn Aufgabe des neuen deutschen Rechts ist es nicht, das Verhältnis zwischen Staat und einzelnen zu bestimmen. Das im Rahmen des Volkslebens bestehende naturnotwendige Bedürfnis nach Rechtssicherheit wird daher nur anerkannt, wenn es sich in den Rahmen der politischen Einheit einordnet [120].

Dem Bedürfnis nach Kontrolle staatlicher Verwaltungsakte trägt auch heute noch die Verwaltungsgerichtsbarkeit Rechnung. Ihre Berechtigung wird allerdings vielfach bestritten mit der Behauptung, daß man einen besonderen unabhängigen Schutz für den einzelnen gegenüber dem Staat nicht mehr benötige [121]. Man meint, daß ein gerichtlicher Schutz gegen die Verwaltung mit dem ausschließlichen Ziel, die Rechte des einzelnen zu gewährleisten, der heutigen Zeit und ihren Grundsätzen nicht mehr entspreche. Wir verzichten vorliegend auf nähere Prüfung der Frage, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit notwendig an die liberale Vorstellungswelt gebunden ist oder ob sie dem neuen Staatsgedanken angepaßt werden kann. Denn für das Problem der Rechtssicherheit genügt die Feststellung, daß in diesen Auseinandersetzungen allgemein die Forderung nach einer Kontrolle der Verwaltung aufrecht erhalten und nur der Gedanke abgelehnt wird, es bilde die Verwaltungsgerichtsbarkeit die einzig mögliche Form dieser Kontrolle. Alle gegenwärtigen Erörterungen drehen sich um die Frage, welche Kontrollmittel zur Garantie eines vernünftigen und sachgemäßen Funktionierens der unteren Organe heute an die Stelle der Verwaltungsgerichtsbarkeit gesetzt werden können [122]. Aus der Tatsache, daß die Frage, ob Verwaltungskontrolle oder nicht, überhaupt nicht zur Erörterung steht, geht aber ohne weiteres hervor, daß auch heute der Gedanke der Rechtssicherheit trotz mancher Abänderungen noch fortbesteht.

[118] Barth, a. a. O. S. 138 ff.
[119] Göring, a. a. O. S. 8.
[120] Höhn, Deutsches Recht. 1937. S. 399.
[121] Sommer, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1937, S. 425 ff., und Muth, in: Deutsches Recht 1936, S. 407 ff., und 1937, S. 25 ff., und Jugend und Recht 1938, S. 37 ff.
[122] Muth, Jugend und Recht. 1938. S. 28.

Es ergibt sich daher, daß im nationalsozialistischen Staat unter dem Begriff Rechtssicherheit noch Anforderungen des einzelnen an den Staat verstanden werden, allerdings dahin modifiziert, daß dem einzelnen Ansprüche gegen den Staat nicht um irgendwelcher egozentrisch aufgefaßter Interessen willen zustehen, sondern im Rahmen der weiteren Volksgemeinschaft, auf deren Schutz und guten Willen man zugleich in höherem Maß als bisher, vertraut.

II. Von besonderer Bedeutung scheint uns nach wie vor die Frage, ob der Begriff Rechtssicherheit im Sinne von Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit der Entscheidung heute noch Berechtigung hat. Vielfach wird gegen ihn eingewandt, daß er nur Ausdruck des Sicherungsbedürfnisses einer behäbigen, der ethischen Verpflichtung gegenüber Staat und Volk völlig baren Lebenshaltung der Bourgeoisie sei. Man spricht ihm daher heute gelegentlich jede Bedeutung ab und behauptet, er sei dem neuen Menschentyp, dessen Leben im Dienst am Volk bestehe, völlig fremd [123]. Demgegenüber weist man auf der anderen Seite darauf hin, daß alle Angriffe gegen die Berechenbarkeit nur Ideologie sind, solange die Struktur unserer kapitalistischen Wirtschaft besteht, weil Berechenbarkeit und Normativismus sich zwangsläufig aus dem Leben und den Bewegungsgesetzen der modernen Wirtschaftsordnung mit ihrer Technisierung und Industrialisierung ergeben [124]. Es sind die gleichen Gedankengänge wie bei Max Weber [125], der mit Recht betont, daß ein berechenbares Recht zu den unerläßlichen Vorbedingungen gehört, unter denen sich eine kapitalistische Wirtschaft zu entfalten vermag.

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß eine Wirtschaft ohne Rechtssicherheit überhaupt nicht denkbar ist. Die Führer der Wirtschaft haben daher auch immer in besonders starkem Maße dieses Bedürfnis nach Rechtssicherheit betont. So hat Dr. Schacht in seiner Rede vom 30. November 1935 vor der Akademie für Deutsches Recht über: »Mehr Führerposten als Führer« die Forderung nach Rechtssicherheit auf wirtschaftlichem Gebiet als unerläßlich bezeichnet und ausgeführt, daß weder die Wirtschaftspolitik noch die Rechtspolitik ohne gewisse Regeln, nach denen der einzelne sein Leben und Schaffen zu gestalten hat, auskommen könne. Das Bedürfnis der

[123] Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, S. 67, und Haarkens, a. a. O.
[124] Forsthoff, in Deutsches Volkstum. 1934.
[125] a. a. O.

Wirtschaft nach Normierung und Berechenbarkeit kann auch von keiner Seite ernsthaft geleugnet werden. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an die ständig wachsenden Geschäftsbedingungen, die auf allen Wirtschaftsgebieten anzutreffen sind: bei der Güterherstellung, beim Güterumsatz, bei der Güterbewegung und Güterbehandlung, im Bankwesen, im Kreditwesen, im Versicherungswesen, bei Miete und Pacht und dergleichen. Auf all diesen Gebieten des Rechtsverkehrs entspringen die Geschäftsbedingungen dem Verlangen, alle Verträge einheitlich im Sinn einer vorsorglichen Kautelarjurisprudenz abzufassen und sie dementsprechend dann strikt unter Ablehnung einer Ergänzung nach Treu und Glauben und der Heranziehung subsidiären Gesetzesrechts auszulegen. Man will zur Vermeidung von Prozessen alle möglichen Konfliktsfälle im voraus regelnd erfassen. Als Ergebnis der neuen Entwicklung erscheint daher die Beschränkung der Vertragsfreiheit im Interesse der Rechtssicherheit [126].

Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit besteht aber nicht nur auf dem Gebiet des Wirtschaftslebens. Im Rahmen der nationalsozialistischen Rechtsauffassung stellt die Rechtssicherheit einen Wert für das ganze Volk dar, auf den nicht verzichtet werden kann. Auch der einzelne als Glied der Volksgemeinschaft kann sein Leben nur dann sinnvoll ge-

[126] In den §§ 51 und 52 des Patentgesetzes vom 5. Mai 1936, die eine Zusammenfassung der Patentprozesse bei bestimmten Landgerichten und eine Mitwirkung des Reichspatentamts bei der Rechtsprechung vorsehen, erkennt der Gesetzgeber für das Gebiet des Patentrechts auch selbst den Wert der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit an. Dies geht deutlich aus der amtlichen Begründung hervor (vgl. Busse, Patentgesetz von 1936, 1937, zu § 51 S. 392):

»Einmal wird darüber Klage geführt, daß Gerichte, die nur selten mit derartigen Prozessen befaßt sind, sich infolge der geringen Berührung mit dem besonders schwierigen Gebiet des Patentrechts und mit Fragen der Technik verschiedentlich nicht in der Lage gezeigt hätten, die Verfahren mit der gebotenen Beschleunigung zu fördern und die Entscheidungen mit der nötigen Sachkunde zu treffen.«

»Zum anderen wird geltend gemacht, daß die Gerichte gelegentlich den Schutzumfang der Patente in einer Weise auslegten, die für den Verkehr nicht voraussehbar ist, weil dabei der Zusammenhang mit der Auffassung über den Gegenstand des Patents, die das Reichspatentamt in Erteilungsverfahren zum Ausdruck gebracht habe, nicht genügend gewahrt werde. Dadurch werde der Rechtssicherheit Abbruch getan.«

Beiden Gesichtspunkten will das neue Gesetz Rechnung tragen.

stalten, wenn Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit gegeben sind. Voraussetzung für die Rechtssicherheit ist aber das Bestehen einer positiven Rechtsordnung mit normativer Gestaltung. Denn alle Lebensverhältnisse verlangen zu ihrer Ordnung eine positiv rechtliche Regelung, die Eindeutigkeit und damit die Grundlage für den Beginn eines rechtsgeschäftlichen Verkehrs schafft. Nur aus einer solchen Regelung vermag der einzelne Maß und Ziel seines Verhaltens zu empfangen. Rechtssicherheit ist daher nur denkbar, wenn die Ausübung des Rechts nach festen Normen erfolgt. Ohne eine klare gesetzliche Regelung bestünde stets Streit über die rechtliche Erlaubtheit geplanter Lebensverhältnisse, ohne daß er auf Grund eines positiven Gesetzes unmittelbar behoben werden könnte [127]. Der Nationalsozialismus sieht den Sinn der Rechtsordnung aber nicht mehr in dem Schutz der Interessen des einzelnen, sondern darin, daß sie der konkreten Ordnung der Volksgemeinschaft mit ihren natürlichen und organischen Aufgaben dient. Unter dieser Voraussetzung erkennt er als geeignetes Mittel zur Schaffung von Rechtssicherheit die Normierung und die darauf beruhende Berechenbarkeit an. Eine Normierung hat aber nur Zweck und kann ihre Aufgabe nur erfüllen, wenn der Richter an sie gebunden ist. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist daher die notwendige Folge der Normierung. Denn welchen Sinn hätte sie noch, wenn der Richter beliebig von ihr abweichen könnte.

Wie verhält sich aber die Bindung des Richters an das Gesetz, die dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entspricht, zu dem »konkreten Ordnungsdenken«, das in Anlehnung an Carl Schmitts Schrift: »Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens« als Bezeichnung für das neuere Rechtsdenken überhaupt gilt? Über diesen Begriff herrscht in der Wissenschaft keine Einigkeit. Denn bei Carl Schmitt ist er nicht scharf und klar umrissen. Mehrere Arten des Ordnungsdenkens werden zu einem Begriff des »konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens« vermengt [128]. Für uns bleibt vorliegend beachtlich, daß für Carl Schmitt neben anderen Bedeutungen »Ordnungsdenken« den Sinn von »Ordnung des Einzelfalles«, »der konkreten Situation« hat, wie sich in seiner Auseinandersetzung mit

---

[127] Koellreutter, S. 14, 54 und 170 in: Deutsches Verfassungsrecht. — F. von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. 1936. S. 112.

[128] Pein, »Über das konkrete Ordnungsdenken«, in: Jugend und Recht. 1938. S. 71.

dem Normativismus zeigt [129]. Der Richter soll die Entscheidung aus der dem konkreten Fall innewohnenden eigenen rechtlichen Substanz finden, im Gegensatz zum Normativisten, der das Recht »in vorherbestimmten, von der konkreten Sachlage unabhängigen generellen Regeln und Gesetzen« finde. Tigges [130] weist demgegenüber darauf hin, daß dieses konkrete Ordnungsdenken den Richter »letzthin allein den konkreten, außergewöhnlichen Ordnungen und nicht den die Unmittelbarkeit des richterlichen Ordnungsdenkens beeinträchtigenden Gesetzen untertan« erscheinen läßt. Als natürliche Folge dieser Auffassung sieht er an, daß der Richter auch Entscheidungen gegen das Gesetzesrecht fällen muß, wenn das Gesetz nicht im Einklang mit der konkreten Ordnung steht. Diese völlige Absorption der gesetzgeberischen Tätigkeit durch die richterliche Funktion wird aber von Tigges mit Recht verworfen. Sie entspricht auch keineswegs nationalsozialistischem Rechtsdenken. Vielmehr ist dieses konkrete Ordnungsdenken, das aus der »Ordnung des einzelnen Falles«, aus »seinem innersten Recht«, entscheiden will, jedem Rechtsdenken schlechthin zuwider [131]. Es führt notwendig zu einer Auflösung der Rechtsordnung, weil man anstelle von Rechtsmaßstäben Stimmungen, unbestimmte Gefühle, den jeweiligen Stand des Richters an Einsicht, Erlebnis und Erfahrungen setzt. Auf diese Weise ist der planvolle Aufbau einer neuen Gemeinschaftsordnung unmöglich. Der Nationalsozialismus geht daher auch diesen Weg nicht. Maßgebende Stellen und der überwiegende Teil des Schrifttums haben sich im Interesse der Rechtssicherheit, unter der sie auch heute noch Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidung verstehen, für eine Bindung des Richters an die Gesetze, und zwar grundsätzlich auch an die vornationalsozialistischen Gesetze ausgesprochen.

Einigkeit besteht darüber, daß die nationalsozialistischen Gesetze für den Richter bindend sind. Reichsminister Dr. Frank hat auf der Tagung im Hause der deutschen Rechtsfront am 14. 11. 1936 [132] in seiner Rede über die richterliche Unabhängigkeit ausgeführt, daß bei den mit der Unterschrift des Führers versehenen Gesetzen oder Verordnungen formaler Art der Richter weiteren weltanschaulichen Bedenken enthoben ist. Denn hier hat der Führer selbst die Grenzen

[129] Carl Schmitt, »Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens«. 1934. S. 13, 17, 18, 39, 40.
[130] Die Stellung des Richters im modernen Staat. 1935. S. 168 ff.
[131] Pein, a. a. O. S. 73.
[132] Juristische Wochenschrift 1936. S. 309 ff.

gesetzt, »innerhalb derer er maßgeblich des Volkes Stimme spricht«. Auf der gleichen Tagung ist in Fortführung dieses Gedankens als Leitsatz ausgesprochen worden, daß gegenüber Führerentscheidungen, die in die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gekleidet sind, dem Richter kein Prüfungsrecht zusteht. Der Richter muß also die Gesetze so anwenden, wie sie vom Gesetzgeber erlassen worden sind, ohne daß er von sich aus etwas hinzutun darf.

Schwierigkeiten tauchen erst auf bei der Frage, ob der Richter auch an vornationalsozialistische Gesetze gebunden ist. Voraussetzung für eine Bindung des Richters ist, daß die alten Rechtssätze überhaupt noch Geltung beanspruchen können. Zur Beantwortung dieser Frage unterscheidet man zweckmäßig unter den vornationalsozialistischen Gesetzen drei Gruppen [133].

Zu der ersten Gruppe gehören Bestimmungen, die auf Grund einer ausdrücklichen Gesetzesreform geändert oder ergänzt worden sind. Diese Gesetze gelten in der neuen Form, d. h. soweit eine Änderung nicht erfolgt ist, hat auch die alte Fassung dieser Gesetze volle Gültigkeit. An sie ist der Richter daher ebenso wie an die nationalsozialistischen Gesetze gebunden.

Die zweite Gruppe umfaßt die Gesetze, die mit dem neuen Rechtsdenken in Einklang stehen, ohne daß eine Änderung erfolgt wäre. Für sie muß das gleiche wie für die erste Gruppe gelten.

Streit besteht hauptsächlich über die Behandlung der dritten Gruppe von Bestimmungen. Zu ihr gehören die Gesetze, die bisher noch nicht geändert worden sind, obwohl es offenbar ist, daß sie dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden nicht mehr entsprechen. Zum Teil ist man der Auffassung, daß in solchen Fällen der Richter Recht setzen kann. Erwähnt sei nur das Urteil des Oberlandesgerichtes Frankfurt vom 10. September 1936 [134], das die Anwendung des § 1594 BGB. abgelehnt hat mit der Begründung, sie widerspreche nationalsozialistischem Rechtsempfinden. Eine formale Außerkraftsetzung dieser Vorschrift durch den Gesetzgeber brauche nicht abgewartet zu werden, weil es heute nahezu unmöglich sei, alle Gesetze, die der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht entsprächen, ausdrücklich aufzuheben. Für diese Ansicht spricht scheinbar

---

[133] Vgl. Hildebrand, Die natürliche Abstammung und vermutete eheliche Verwandtschaft nach geltendem und zukünftigem Recht. Noch nicht gedruckte Dissertation der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. 1938.

[134] Juristische Wochenschrift 1936. S. 3482.

die bereits erwähnte Rede Franks, in der die Freiheit des Richters in seinen Entscheidungen bei vornationalsozialistischen Gesetzen gefordert wird. Der Richter soll hiernach nur dem »Lebensgesetz des Volkes« untertan sein. »Die Formalgesetze dürfen keine Fesseln für ihn, sondern nur Anhaltspunkt zur Förderung der Gemeinschaft des Volkes darstellen.« Diese Rede darf man indes nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit den Leitsätzen vom gleichen Tage betrachten, die ihrer Auslegung dienen. Hier heißt es, daß der Richter grundsätzlich auch an das vornationalsozialistische Gesetz gebunden ist. Der überwiegende Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung hat sich dieser Meinung angeschlossen, die allgemein mit Rechtssicherheitserwägungen begründet wird. Auf dem Juristentag 1936 wurde betont, daß der Richter auch an das vornationalsozialistische Gesetz gebunden ist, weil die Folge Rechtsunsicherheit sei, wenn die Aufrechterhaltung und Verwirklichung der einzelnen Ordnungen der ungebundenen Anschauung des einzelnen Richters überlassen bleibt [135]. Der Richter hat keine gesetzgeberischen Funktionen. Niemand außer dem Führer darf die Normen, nach denen das Volk im Staat lebt, festlegen und abändern. Vielmehr hat der Richter nur das Recht, aus dem »Born der Normen« zu schöpfen, die das Volk im Volksstaat durch den Führer gesetzt hat. Es kann deshalb nie Aufgabe des Richters sein, dem Gesetz entgegen zu entscheiden, auch dann nicht, wenn er das geschriebene Gesetz für unvereinbar mit der nationalsozialistischen Auffassung hält [136]. Denn andernfalls würde der Richter an die Stelle des Gesetzgebers seine persönliche Meinung mit allen Schwächen und seine eigene Auffassung vom Wesen des Nationalsozialismus und seine Sonderauffassung von den völkischen und staatlichen Notwendigkeiten setzen [137]. Der einzelne kann nicht beurteilen, ob der Gesetzgeber nicht mit voller Absicht eine Vorschrift aufrecht erhält, die nach seiner Ansicht der nationalsozialistischen Auffassung nicht entspricht. Ein Runderlaß des Reichsministers der Justiz vom 17. 1. 1934 [138], der wegen seiner klaren Stellungnahme zum Rechtssicherheitsproblem wörtlich wiedergegeben sei, bringt diesen Gedanken zu folgendem Ausdruck: »Eine Aufhebung, Abänderung oder Ausdehnung geltender Reichsgesetze steht nur der Reichsregierung selbst

[135] v. Filseck, Die Unabhängigkeit des Richters und seine Bindung an das Gesetz, in: Der deutsche Juristentag 1936 (S. 306), und Bergenroth, in: Jugend und Recht 1938 (S. 23).

[136] Freisler, Deutsche Justiz. 1933. S. 694.

[137] Hildebrandt, a. a. O.

[138] StAZ. 34, 42.

zu, nicht aber den diese Gesetze ausführenden Organen. Diese haben vielmehr die Gesetze solange anzuwenden, als sie in Geltung sind und dürfen sich mit ihnen auch dann nicht in Widerspruch setzen, wenn sie vielleicht nationalsozialistischen Auffassungen nicht voll zu entsprechen scheinen«. Kraft Führerwillens soll das alte Recht demnach solange weitergelten, bis es ausdrücklich außer Kraft gesetzt wird. Denn »Zeit und Maß der Rechtsanwendung bestimmt der Führer und nicht das Gericht« [139]. Eine organische Entwicklung des Rechts ist nur sichergestellt, wenn die Beantwortung grundlegender Fragen und die Abänderung überkommener Gesetze dem Gesetzgeber überlassen bleibt, da sonst trotz allseitig bester Absicht eine bedenkliche Krise in der Rechtsprechung hervorgerufen werden könnte, die jede gesunde und einheitliche Rechtsentwicklung vernichten müßte [140]. Recht zu setzen kann daher dem Richter nicht überlassen bleiben, sondern ist ausschließlich der Staatsführung als vornehmliche Aufgabe vorbehalten [141].

Auch die Rechtsprechung ist überwiegend der Auffassung, daß der Richter grundsätzlich nicht befugt ist, einem ordnungsmäßig erlassenen Gesetze seines Inhaltes wegen die Anwendbarkeit abzusprechen [142]. Von grundsätzlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Reichsgerichtes in Band 144 (S. 310/11), in der unter Bezugnahme auf Rechtssicherheitserwägungen ausgeführt wird, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist: »Wirtschaftliche Gesichtspunkte dürfen das Gericht nicht dazu veranlassen, eine Entscheidung zu treffen, welche den klaren gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufen würde. Nach wie vor gilt der die allgemeine Rechtssicherheit verbürgende, an der Spitze des Gerichtsverfassungsgesetzes stehende Grundsatz, daß der Richter dem Gesetz unterworfen ist . . . . . Wenn das Ergebnis . . . . unbillig oder aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen unerwünscht sein sollte, so kann im Hinblick auf die entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften nicht durch Richterspruch Abhilfe geschaffen werden. Das wäre nur im Wege einer Gesetzesänderung möglich.« Auch das Oberlandesgericht Königsberg hat dargelegt, daß ein Übergriff des Richters in das Machtgebiet des Gesetzgebers nicht zulässig sei [143]. In gleicher Weise hat das Preußische Oberverwaltungsgericht er-

[139] Meinhof, Juristische Wochenschrift 1936. S. 3482.
[140] Bergenroth, a. a. O. S. 22.
[141] Noack: Volk, Gesetz und Recht. In: Das deutsche Recht 1938. S. 5.
[142] RG. 142, 59.
[143] Deutsche Juristenzeitung 1934. S. 348.

klärt: »Die Aufhebung und Änderung von Gesetzen ist aber nicht Aufgabe des Richters, auch dann nicht, wenn er sie persönlich als der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht entsprechend hält. Das Gesetzgebungsrecht steht allein dem Führer zu, und Eingriffe der Gerichte in dieses Recht sind ausgeschlossen.« [144].

In Literatur und Rechtsprechung kommt also zum Ausdruck, daß der Richter nicht die Befugnis hat, gegen den klaren Wortlaut oder Inhalt vornationalsozialistischer Gesetze zu entscheiden. Allgemein wird anerkannt, daß eine Freistellung von Normen eine schwere Gefährdung der Rechtssicherheit bedeuten würde. Aus der Erkenntnis heraus, daß der in der Gesellschaftsordnung stehende Mensch eine gewisse Schranke seines Handelns kennen muß, um sich danach richten zu können, also aus Gründen der Rechtssicherheit, warnt man davor, das noch nicht aufgehobene Recht einfach zu brechen, um an seine Stelle Ideologien zu setzen, mit denen in der Praxis nichts anzufangen ist [145]. Dies bedeutet kein Festhalten am Positivismus, sondern staatsrechtliche Notwendigkeit. Denn infolge der Identität von Regierung und Gesetzgeber bedeutet die Bindung des Richters an das Gesetz, die notwendig Voraussetzung seiner Unabhängigkeit ist, die Bindung an die leitenden Grundsätze der Staatsführung. Ohne eine solche Bindung wäre die Tätigkeit des Richters politische Willkür.

Trotz aller solcher Rechtssicherheitserwägungen werden aber Ausnahmen von der Bindung des Richters an das Gesetz anerkannt. Allgemein werden aber zugleich die engen Grenzen solcher rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters betont. Nur zur Verhütung »drohenden Unrechts« nach einer sorgfältigen Abwägung des Für und Wider darf der Richter im Rahmen seiner Aufgaben derart rechtsgestaltend wirken [146]. Ein Abweichen vom Gesetz in Ausnahmefällen ist dem Richter nur dann gestattet, wenn seine Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden so ins Gesicht schlägt, daß »ohne künstliche Schürung ein Sturm der Entrüstung losbräche« [147]. Diese Formulierung entspricht den Leitsätzen, wonach gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen sind, nicht angewandt werden dürfen, wenn ihre Anwendung »dem gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen« würde.

---

[144] Entscheidung vom 8. Oktober 1936, Reichsverwaltungsblatt 1937. S. 601.
[145] Bergenroth, a. a. O.
[146] Dageförde: Jugend und Recht. 1937. S. 188.
[147] von Filseck, a. a. O. S. 316.

Gerade hierin zeigt sich der Unterschied des nationalsozialistischen Rechtsdenkens gegenüber dem Positivismus. Der Nationalsozialismus verachtet dessen Methode, wonach das Abweichen vom Gesetz mit einer kunstvollen Rechtstechnik verschleiert wurde. Da für ihn das »Lückenlosigkeitsdogma« des Positivismus nicht mehr besteht, versucht er auch nicht, den Anschein zu erwecken, als ob für positiv-rechtlich nicht genügend geregelte Rechtsfragen eine Lösung aus der »Einheit des Rechtssystems« gefunden werden könne. In solchen Fällen gibt man offen und ehrlich zu, daß man das Gesetz nicht anwendet. Es kann sich vielmehr nur noch darum handeln, aus den bestehenden mehrfachen Lösungsmöglichkeiten die beste Lösung zu finden, d. h. die Lösung, die der nationalsozialistischen Rechtsauffassung am meisten entspricht. Zu wünschen bleibt aber, daß in solchen Fällen die einzuschlagende Rechtsprechung grundsätzlich und entschieden auseinandergesetzt wird. Denn ein Schwanken in der Rechtsprechung gefährdet die Rechtssicherheit [148]). Zur Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit fordert man daher auch bereits, daß eine höchstrichterliche Entscheidung herbeigeführt wird, wenn der Richter mit der Begründung, daß das vornationalsozialistische Gesetz »dem gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlage«, vom Gesetz abweicht [149]). Die Befreiung des Reichsgerichtes von der Bindung an Präjudizien vor dem 1. September 1935 kann eine solche Entwicklung erleichtern [150]).

Grundsätzlich ist der Richter aber aus Gründen der Rechtssicherheit darauf beschränkt, dem geltenden Gesetz eine der gegenwärtigen Rechtsanschauung entsprechende Auslegung zu geben.

Ein Teil des Schrifttums will allerdings die feste Bindung des Richters auf einen ganz bestimmten Kreis von Normen beschränken, nämlich auf die sogenannten »Ordnungsnormen« oder »Richtungsnormen« [151]), d. h. Normen, die nur der Ordnung und dem bestmöglichen Zusammenleben der Volksgenossen dienen und ausschließlich Fragen regeln, die dem Rechtsempfinden vermeintlich von vornherein ganz unzugänglich sind, bei denen es belanglos ist, ob sie so oder anders geregelt werden und bei denen allein gewisse praktische Zwecke des Rechtsverkehrs für eine einheitliche und klare Regelung

[148]) Ähnlich F. von Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik. 1935. S. 161/2. Siehe auch Juristische Wochenschrift 1938. S. 625 ff.

[149]) Juristische Wochenschrift 1936. S. 309.

[150]) RGBl. 1935, Teil I. S. 844.

[151]) Vgl. Haarkens, a. a. O. S. 281. Ähnlich von Filseck, Deutscher Juristentag 1936 (S. 310 ff.) und Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht (S. 41).

sprechen sollen. Als solche »Ordnungs«-Normen sieht man z. B. an: Normen über die Festsetzung des Alters für den Eintritt der Volljährigkeit, Vorschriften des Verfahrensrechts, des Verkehrsrechts, Formvorschriften des materiellen Rechts, Bestimmungen über Fristen, Verjährung, außerdem erbrechtliche Vorschriften formeller Art. Im Gegensatz hierzu werden die sogenannten »Rechts«-Normen genannt, d. h. solche Normen, die unserer Weltanschauung Ausdruck verleihen, die dem Rechtsgewissen entspringen und ein wertendes Urteil über menschliches Verhalten darstellen. Den Wert der Rechtssicherheit will man nur für die Ordnungsnormen, dagegen nicht für die Rechtsnormen gelten lassen. Gegen eine solche Aufteilung in Ordnungs- und Rechts-Normen, die übrigens dem älteren Schrifttum schon bekannt war [152], spricht zunächst die Schwierigkeit einer Abgrenzung beider Typen. Es sind kaum Normen denkbar, die ausschließlich der Ordnung dienen und bei denen andere Gesichtspunkte, insbesondere Gerechtigkeitserwägungen, keine Rolle spielen. So sind z. B. die Formen der Übereignung, des Testierens und andere anscheinende Formalien im höchsten Grade von Wertungen und rechtspolitischen Zielsetzungen mitbestimmt. Jene ganze Einteilung — prüft man im Einzelfalle nur tief genug nach — dürfte daher weithin gegenstandslos sein. Die meisten Vorschriften entspringen dem »Rechtsgewissen« und dienen gleichzeitig der Ordnung.

Aber selbst wenn eine Abgrenzung beider Typen möglich wäre, könnte auf eine Bindung des Richters an alle Normen nicht verzichtet werden. Wenn auch statt verschiedener Weltanschauungen nur eine einzige Weltanschauung alle Richter eint, so ist es für den einzelnen Richter doch unmöglich, von seiner Warte aus die Lebensnotwendigkeiten der Volksgemeinschaft in allen Fällen und unter allen Umständen richtig zu erkennen [153]. Voraussetzung für eine Freistellung des Richters in diesen Fällen ist, daß das Rechtsgewissen fähig wäre, in allen Rechtsfragen auch eine einheitliche Rechtsüberzeugung zu bilden. Dies ist aber auch bei einer einheitlichen Weltanschauung nicht möglich. Die Rechtssicherheit verlangt daher, daß der Richter auch an Rechtsnormen gebunden bleibt. Infolgedessen hat die Unterscheidung in Rechtsnormen und Ordnungsnormen keinen praktischen Wert.

Bei Haarkens [154] soll die Scheidung in Rechts- und Ordnungs-Normen allerdings die besondere Bedeutung haben, daß er für

[152] Marschall von Bieberstein, a. a. O. S. 8.
[153] Noack, Deutsches Recht. 1938. S. 5.
[154] a. a. O.

»Rechtssicherheit«, deren überwiegenden Wert er nur bei den Ordnungsnormen anerkennt, als neuen, dem Nationalsozialismus gemäßen Begriff »Festigkeit und Beständigkeit der für das Leben des Volkes grundlegenden Ordnungen« aufstellt. Es handelt sich aber hierbei um keinen eigentlich neuen Rechtssicherheitsbegriff. Vielmehr ist der Begriff Rechtssicherheit im Sinn einer Festigkeit und Beständigkeit der Ordnung stets neben den beiden anderen Begriffen gebraucht worden. Deckt sich doch dieser Begriff als eine bloße Voraussetzung mit dem Begriff Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit. Denn je bestimmter und fester die Ordnungen sind, desto genauer kann der einzelne auch die Folgen seines Handelns voraussehen. Wenn man daher den Wert der Rechtssicherheit im Sinne von Festigkeit und Beständigkeit der für das Leben des Volkes grundlegenden Ordnungen anerkennt, so erkennt man damit auch den Wert voraussehbarer und berechenbarer Entscheidungen an, die durch eine solche Ordnung bedingt sind.

Die vom Schrifttum vielfach gewünschte Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Ordnungsnormen und ihre verschiedene Behandlung durch den Richter ist für uns hier nur insoweit von Interesse, als darin das Bestreben zum Ausdruck kommt, einen Zwiespalt von Recht und Gesetz zu verhindern. Um Recht und Gesetz in Übereinstimmung zu bringen, erscheint es den Anhängern dieser Trennung als die einfachste Lösung, dem Richter da, wo Rechtsnormen in Betracht kommen, die Ermächtigung zu erteilen, sein Urteil unmittelbar aus der nationalsozialistischen Weltanschauung zu schöpfen. Diese Lösung zum Ineinklangbringen von Gesetz und Recht erscheint aber umso weniger gerechtfertigt, als durch das Institut der Generalklauseln bereits innerhalb des geltenden Rechts und ohne dessen Zerstörung weithin die Möglichkeit gegeben ist, einen etwa zwischen Gesetz und Gerechtigkeit bestehenden Zwiespalt zu lösen.

Als Generalklauseln gelten unbestimmte, dehnbare Begriffe aller Art, Verweisungen an außergesetzliche Maßstäbe und Vorstellungen, wie gute Sitten, Treu und Glauben, Zumutbarkeit, wichtiger Grund usw. Hierhin gehören z. B. auch der § 1 des Steueranpassungsgesetzes und der neue § 2 des Strafgesetzbuches. Wie verhalten sich nun die für unsere Zeit charakteristischen Generalklauseln zu der Forderung der Rechtssicherheit im Sinne von Berechenbarkeit?

All diese Begriffe heben zweifellos die positivistische Sicherheit in vollem Umfang auf. Man hat daher auch vor ihrem Vordringen und ihrer Übermacht als einer Gefahr für die Rechtssicherheit gewarnt.

Nach Hedemann [155] bedeuten sie eine »Unsicherheit des gesamten Rechtslebens, eine Unsicherheit für Anwälte und Publikum«. Er verweist auf die Protokolle [156], in denen man bereits Bedenken gegen die Zulassung der exceptio doli generalis hatte, weil sie »in höchst bedenklicher Weise anstelle der festen Rechtsnormen das subjektive Gefühl des Richters« setze und »die Grenze zwischen Recht und Moral« verwische. Ferner beruft er sich auf Hachenburg-Binz [157], der befürchtet, daß das Gesetz aufhöre, die Norm für die Entscheidung der Gerichte zu sein, da anstelle eines objektiven Maßstabes subjektives Empfinden gesetzt werde. Carl Schmitt [158] nimmt demgegenüber an, nur vom Standpunkt des bisherigen positivistischen Glaubens, der von einem Gegensatz von Recht und Moral ausgegangen sei und nur in der Verbindung von gesetzgeberischer Entscheidung und Regel die Rechtssicherheit verbürgt gesehen habe, seien solche Warnungen und Besorgnisse begründet. Lange [159] versucht die Bedenken in gleicher Richtung mit der Annahme zu zerstreuen, daß anstelle der Berechenbarkeit des Gesetzes die Berechenbarkeit der Gerechtigkeit trete. Denn da der Nationalsozialismus im Volksleben und Rechtsleben klare Maße und einheitliche Wertungen geschaffen habe, sei auch für die Generalklauseln ein fester Inhalt und eine feste Gestalt gegeben.

In der Praxis der Gerichte ist aber von einer solchen »einheitlichen Wertung« und dem »klaren Maße« nicht viel zu spüren. Obwohl alle deutschen Richter zweifellos bemüht sind, der nationalsozialistischen Weltanschauung gemäß zu entscheiden, kommen sie in gleichen Fällen bei der Anwendung von Generalklauseln doch zu verschiedenen Ergebnissen. Erinnert sei nur an die verschiedene Rechtsprechung der unteren und der oberen Gerichte zur Anwendung der Generalklauseln im Einzelfalle [160]. Es kann daher wohl nicht ge-

[155] Die Flucht in die Generalklauseln. Jena 1933. S. 67.

[156] Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Band I. 1897.

[157] DJZ. 1933. Sp. 276.

[158] Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. S. 59.

[159] Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht. S. 43 ff.

[160] Vgl. z. B. RG. 156, 268. Hier hatte der Berufungsrichter in Anlehnung an die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichtes die Anwendbarkeit des § 826 BGB. nur dann angenommen, wenn die Partei auf unerlaubtem Weg ein ihr günstiges Urteil »erschlichen« hat. Das Reichsgericht hat unter Bezugnahme auf RG. 155, 55 sich gegen eine solche Beschränkung ausgesprochen und eine Schadensersatzklage aus § 826 BGB. auch in einem Fall für gegeben erachtet, in dem das Urteil unter besonderen

leugnet werden, daß die Rechtssicherheit in der Tat durch die Generalklauseln zugunsten anderer Werte, insbesondere der Gerechtigkeit, zurückgedrängt wird. Ihr Wert liegt nämlich gerade darin, daß sie als Ausgleichsmittel die gerechte Entscheidung des Einzelfalles ermöglichen. Sie zeigen daher die neue Tendenz einer stärkeren Betonung der Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit. Die Aufgabe des Rechts erblickt man nicht mehr in der Schaffung nur von Rechtssicherheit, man legt Wert darauf, daß das Richteramt sich in der Verwirklichung der Gerechtigkeit erfülle [161].

Wenn auch durch die Generalklauseln die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidung beschränkt wird, so ist doch anzuerkennen, daß sie für das moderne juristische Denken die Träger neuer Rechtsgedanken bedeuten, die das positivistische Rechtsdenken überwinden und eine Wandlung des inneren Sinnes der Privatrechtsordnung herbeiführen können, ohne daß die Gesetze geändert zu werden brauchen. Eine Bereicherung des Rechtslebens und keine ernste Gefährdung der Rechtssicherheit sind sie aber nur dann, wenn der Richter sie als ultima ratio gebraucht, nachdem er alle Möglichkeiten auf Grund anderer Bestimmungen zu einer billigen Entscheidung zu kommen, erschöpft hat.

Besonders die Bestrafung nach den Grundsätzen der Rechtsanalogie bedarf einer eingehenden Prüfung, wenn anstelle der bisherigen Lückenhaftigkeit nicht eine echte Rechtsunsicherheit treten soll [162]. Für die analoge Anwendung von § *2* des Strafgesetzbuches

Umständen dolos ausgenutzt werden sollte. In der gleichen Entscheidung hat das Reichsgericht strengere Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 138 BGB. angenommen als das Berufungsgericht. Zu erwähnen sind ferner die Entscheidungen: RG. 155, 152 und 153, 304, in denen es das Reichsgericht für die Frage, ob Verwirkung und ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, auf andere Gesichtspunkte als das Berufungsgericht abgestellt hat. Das Schwanken in der Rechtsprechung zu § 138 BGB. zeigt auch RG. 150, 1 ff.

Eine völlige Gleichartigkeit in der Beurteilung gleichartiger Fragen durch die vielen erkennenden Richter wird sich bei der Anwendung der Generalklauseln auch nie erzielen lassen. Da hier dem Ermessen des Richters ein Spielraum bleibt, ist es unvermeidlich, daß individuelle richterliche Anschauungen im Urteil Eingang finden. (Vgl. hierzu Staudinger, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB., Bd. I, 10. Aufl., 1936, Anm. 22 S. 797 zu § 157 BGB. und Anm. I, 2b S. 699 zu § 1538 BGB., der darauf hinweist, daß bereits die Schöpfer des BGB. sich dieser Bedenken bewußt gewesen seien, wie aus den Motiven: M. I S. 211 hervorgeht.)

[161] Forsthoff, in: Deutsches Volkstum. 1934. S. 791 ff., 971 ff.

[162] Jessel, Deutsches Recht. 1938. S. 47 oben.

sucht man daher bereits gewisse Begrenzungen. Entweder begrenzt man seine Anwendung auf die Delikttypen des besonderen Teiles, oder man fordert für die Anwendung der Analogie, daß die zu vergleichende Tat und der gesetzlich umschriebene Tatbestand an Unrechtsgehalt, an Schuldgehalt und im Delikttyp übereinstimmen.

Besondere Beachtung verdient auch § 1 des Steueranpassungsgesetzes [163].

Da die Auslegung der Gesetze stets nach dem herrschenden Zeitgeist erfolgt, könnte man daran zweifeln, ob der selbstverständliche Inhalt des ersten Absatzes in ein Gesetz gehört [164]. Die als Auslegungsregel gefaßte Formulierung geht aber weit über die Bedeutung einer solchen hinaus. In einer Übergangszeit ist es von großer Wichtigkeit, in besonders eindringlicher Form grundsätzliche Fragen herauszustellen. Wenn im Steuerrecht daher die einheitliche Gesetzesauslegung nach nationalsozialistischer Auffassung gefordert wird, so hat dies seine Berechtigung.

Darüber hinaus erblickt ein beachtlicher Teil des steuerrechtlichen Schrifttums [165] im 3. Absatz von § 1 des Steueranpassungsgesetzes einen unmittelbar anwendbaren Rechtssatz, der als oberster Leitsatz alle übrigen Steuervorschriften beherrschen soll. Die nationalsozialistische Weltanschauung wird als der allgemeingültige und unmittelbar anwendbare Maßstab für die Beurteilung aller Tatbestände betrachtet. § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes soll Träger der Rechtserneuerung auf den Gebieten des Steuerrechts sein, die seit der nationalsozialistischen Revolution eine grundlegende Neugestaltung noch nicht erfahren haben. Infolgedessen ist man der Auffassung, daß durch § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes diejenigen vornationalsozialistischen Steuervorschriften, die zwar formell noch nicht aufgehoben sind, sachlich aber mit der national-

[163] § 1 des Steueranpassungsgesetzes vom 16. Oktober 1934 (RGBl. I, S. 925) lautet:
(1) Die Steuergesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen.
(2) Dabei sind die Volksanschauungen, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen.
(3) Entsprechendes gilt für die Beurteilung von Tatbeständen.

[164] Elster, in der Deutschen Juristenzeitung 35, 144.

[165] Insbesondere Reinhardt, in: Reinhardt-Gebhardt, Handbuch der steuerlichen Betriebsprüfung, Bd. I, 1937, S. 20 ff., und ihm folgend Karl Hermann Schmitt, Deutsche Steuerzeitung, Beamtenausgabe, 1936, S. 1326 ff., und Reichssteuerblatt, 1936, S. 1041 ff., 1049 ff.

sozialistischen Weltanschauung nicht recht in Einklang stehen, insoweit ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden sind. Wenn die Beurteilung eines Tatbestandes nach dem Gesetz zu einem Ergebnis führt, das sich mit der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht verträgt, soll der allgemeine Beurteilungsgrundsatz des § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes Platz greifen, wonach der in Betracht kommende Tatbestand nach nationalsozialistischer Weltanschauung zu beurteilen ist.

Heißt diese Bedeutung, die man § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes zumißt, nicht, daß man anstelle der vorhandenen Gesetzesvorschriften die Ansicht des jeweiligen Finanzbeamten oder der Finanzgerichte über die nationalsozialistische Weltanschauung setzt? Gefährdet es nicht im höchsten Maße die Rechtssicherheit, wenn man den Finanzgerichten und den Finanzämtern das Recht gibt, die vornationalsozialistischen Steuergesetze unter Berufung auf § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes nicht anzuwenden?

Eine allgemeingültige theoretische Lösung dieses Problems kann vorläufig kaum gegeben werden. Die Praxis hat bisher § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes regelmäßig nur als Auslegungsregel angewandt. Der Reichsfinanzhof hat in Fällen, die dringend einer Abänderung bedurften, damit geholfen, daß er die Gesetze — insbesondere in § 92 Absatz 3 der Reichsabgabenordnung den Begriff der offenbaren Unrichtigkeit [166] — sehr weit auslegte. Es ist mit Sicherheit anzunehmen, daß maßgebend für diese Praxis Rechtssicherheitserwägungen sind.

Bedenklich erscheint vor allem, daß die Anwendung des § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes zur Aufhebung des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft führt. Denn auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist soll eine Änderung von Steuerfestsetzungen (zugunsten und auch zuungunsten des Steuerpflichtigen) möglich sein, wenn sich später herausstellt, daß sie sachlich unrichtig sind [167]. Gemildert werden im Steuerrecht die Befürchtungen vom Standpunkt der Rechtssicherheit allerdings dadurch, daß die Tatbestände, die das Finanzamt und die Finanzgerichte zu beurteilen haben, nicht so vielseitig und auch im allgemeinen nicht so kompliziert sind, wie die Fälle, die der Zivilrichter zu entscheiden hat. Hinzu kommt, daß für ihre Beurteilung ohne Unterschied die klaren steuerlichen Grund-

[166] Reichssteuerblatt, Beamtenausgabe. 1936. S. 919.

[167] Friesecke, Steuerzeitung, Beamtenausgabe, 1936, S. 894 ff.; dagegen: Becker, Steuer und Wirtschaft 34, I, Sp. 1612 ff., der einwendet, niemand könne sich dann mehr darauf verlassen, daß eine Steuerfestsetzung wirklich zu Recht bestehe.

sätze gelten sollen, die Reinhardt als »Leitsätze für die Gestaltung und Auslegung der Steuergesetze nach nationalsozialistischer Weltanschauung« aufgestellt hat. In fast allen Fällen führen diese nur zu einer einzigen möglichen Lösung. Die Grundsätze von der »Gleichmäßigkeit« und »Gerechtigkeit« der Besteuerung, die als ungeschriebenes Recht bindenden Charakter haben, setzen den Finanzämtern und den Finanzgerichten Schranken. Dies geht auch aus einem Ersuchen des Reichministers der Finanzen an den Reichsfinanzhof hervor, in dem es heißt: »Aus § 1 Abs. 3 des Steueranpassungsgesetzes folgt, daß während der Dauer der Verjährungsfrist eine Fehlerberichtigung (nur) insoweit zulässig ist, als die fehlerhafte Steuerfestsetzung oder Steuerfeststellung mit den obersten Grundsätzen des Steuerrechts, nämlich dem Grundsatz der steuerlichen Gerechtigkeit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und mit der Volksanschauung unvereinbar ist«[168]. Ebenso soll die Aufrollung eines Falles nach Rechtskraft nur bei offensichtlicher Verletzung des Grundsatzes der steuerlichen Gerechtigkeit und Gleichmäßigkeit möglich sein[169]. Eine ernsthafte Gefährdung der Rechtssicherheit durch eine unmittelbare Anwendung des § 1 Absatz 3 des Steueranpassungsgesetzes wird daher wohl nicht zu befürchten sein, wenn es der Praxis gelingt, für die Behandlung von Fällen, bei denen offensichtlich nach den geschriebenen vornationalsozialistischen Gesetzen keine der nationalsozialistischen Weltanschauung entsprechende Lösung erzielt werden kann, auf Grund der genannten steuerlichen Grundsätze klare Richtlinien herauszuarbeiten.

Der Wert der Rechtssicherheit wird auch heute noch in zahlreichen Bestimmungen des Prozeßrechts anerkannt: Der Rechtssicherheit, die z. B. in der Rechtskraft des Urteils liegt, wird auch nach nationalsozialistischem Denken das höhere Gewicht gegenüber der materiellen Gerechtigkeit beigelegt. Gegenüber rechtskräftigen Urteilen, die mit der Gerechtigkeit nicht im Einklang stehen, hat der einzelne grundsätzlich keine Ansprüche mehr, sofern nicht besondere im Gesetz selbst festgelegte Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe vorliegen oder ein Fall gegeben ist, in dem das unrichtige Urteil erschlichen worden ist oder unter besonderen Umständen dolos ausgenutzt werden soll[170]. Denn der einzelne muß »mit seinem An-

[168] Zitiert bei Karl Hermann Schmitt, in: Deutsche Steuerzeitung, Beamtenausgabe. 1936. S. 1321 ff.

[169] Friesecke, a. a. O.

[170] RG. in JW. 1937, S. 2223, und RG. 157, 269, und Engelhard in JW. 1938, S. 554.

spruch auf Schutz zurücktreten hinter den sehr viel wichtigeren Belangen der Volksgemeinschaft«. So kann die Rechtskraft des Urteils das Rechtsopfer des einzelnen für die Gemeinschaft bedingen [171]. »Für diese ist es ein kleiner Schaden, wenn dem einzelnen einmal unrecht geschieht, ein ungeheurer Schaden aber, wenn die Rechtssicherheit leidet« [172].

Auch in der Einrichtung des Instanzenzuges findet der Gedanke der Rechtssicherheit seinen Ausdruck:

Die oberen Gerichte sind in der Regel mit einer Auslese von Richtern besetzt, wie man sie für alle Gerichte kaum als möglich unterstellen darf. Sie sollen daher zeigen, was in der Rechtspraxis jeweils als maßgebliches Argument gelten soll. Der präjudizielle Charakter der höchstrichterlichen Rechtsprechung spielt dabei eine bedeutende Rolle. Hinzu kommt noch, daß Irren nun einmal menschlich ist und der einzelne Richter Beschränkungen an Einsicht unterliegen kann. Die erneute richterliche Nachprüfung hat daher auch den Zweck, Irrtümer auszuschließen und die etwa mangelhafte Erkenntnis des Vorderrichters zu beheben.

In der Denkschrift des NS. Rechtswahrerbundes über die »Neuordnung des Strafverfahrensrechts« 1937 wird allerdings die Abschaffung der Berufung und der Revision im Strafrecht gefordert. Denn man glaubt, daß die Rechtsmittel den Forderungen des Liberalismus nach einer falsch verstandenen Rechtssicherheit entspringen und daher heute keine Berechtigung mehr haben [173]. Statt dessen will man für die Wiedergutmachung eines im Urteilsspruch enthaltenen offenkundigen, für das gesunde Volksempfinden unerträglichen Unrechts eine besondere politische Stelle schaffen, die nach Recht entscheiden soll, wenn ihr auch die Aufgaben einer Gnadenbehörde übertragen werden sollen.

Schon Ihering [174] hatte für das Gebiet des Strafrechts die Bildung eines obersten, über dem Gesetz stehenden Gerichtshofes mit dem gleichen Aufgabenkreis verlangt, welcher der Gerechtigkeit als dem höchsten Zweck des Rechts dienen sollte. Dieser Vorschlag erfolgte aber auf einer ganz anderen Grundlage. Zunächst handelte es sich bei Ihering um die Schaffung einer weiteren zusätzlichen Einrichtung, die den Instanzenzug bestehen lassen wollte. Ein grundlegender Unterschied gegenüber dem neuen Vorschlag besteht wei-

[171] Noack, Deutsches Recht. 1938. S. 5.
[172] Baumb, Kommentar zur ZPO. 1936 Anm. 1 F zu § 323 ZPO.
[173] Rilk, JW. 1937. S. 2333.
[174] Der Zweck im Recht, 1. Bd., 4. Aufl. 1904. S. 334 ff.

ter darin, daß der Gerichtshof Iherings mit ordentlichen Richtern besetzt werden sollte.

An diesen Grundsätzen wird auch heute festgehalten werden müssen. Roth [175] weist mit Recht darauf hin, daß eine erneute richterliche Nachprüfung des Tatsachenmaterials zur Ausschaltung von Irrtümern unvermeidbar und der völlige Ausschluß von Rechtsmitteln schon aus diesem Grunde nicht möglich ist.

Die Kritik gegen die neue »Wiedergutmachungsstelle« richtet sich ferner auch besonders dagegen, daß man einer politischen Stelle diese Befugnis übertragen will. Freisler [176] vor allem erklärt, daß zur Ausschaltung von Erkenntnis- und Beurteilungsfehlern immer nur eine Überprüfungsmöglichkeit der Arbeit der Rechtspflege durch die Rechtspflege selbst gegeben sein darf. Es ist daher sehr unwahrscheinlich, daß man bei den schwerwiegenden Bedenken, die auch vom Standpunkte der Rechtssicherheit geltend gemacht werden, eine solche Wiedergutmachungsstelle, die an die Stelle der Rechtsmittel treten soll, schaffen wird.

Noch eine weitere wichtige Einrichtung des Prozeßrechts birgt den Gedanken der Rechtssicherheit in sich. Es sind die Kollegialgerichte, in denen durch die Heranziehung einer Mehrheit von Richtern die individuellen Besonderheiten in der richterlichen Auffassung ausgeglichen werden sollen [177]. Bei dem Kollegialprinzip besteht daher eine größere Wahrscheinlichkeit für die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidungen.

[175] JW. 1937, 1302.
[176] Deutsche Justiz. 1937. S. 730.
[177] Carl Schmitt, a. a. O. S. 73.

Zusammenfassung.

Die Forderung nach Rechtssicherheit wird zuerst im absoluten Staat erhoben. Sie richtet sich hier gegen die Willkür des absoluten Monarchen, der alle politische Macht in seiner Person vereinigt, und bedeutet den Wunsch nach einer Abgrenzung der Einzelsphäre dem Staate gegenüber. Das Rechtssicherheitsverlangen findet seine geistige Rechtfertigung in der Aufklärung und im Naturrecht, wonach die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, dagegen die Befugnis des Staates zu Eingriffen prinzipiell begrenzt ist. Auf diesem Verteilungsprinzip baut sich die Forderung nach Grundrechten und die Gewaltenteilungslehre auf. Als rechtmäßige Verfassungen gelten schließlich nur noch solche Verfassungen, in denen die Rechtssicherheit das einzelnen durch Grundrechte und Teilung der Gewalten garantiert ist. Der Staat wird vom Bürgertum des 19. Jahrhunderts, das die politisch tragende Schicht ist, nur noch als ein Apparat aufgefaßt, der dazu bestimmt ist, die Rechtssicherheit des Individuums zu schützen. Diese Auffassung findet ihren Ausdruck auch in der Rechtslehre und Staatsphilosophie, die sich bemüht, im einzelnen die Grenzen zwischen Individuum und Staat zu bestimmen.

Auch nach dem Ende der absoluten Monarchien hört das Verlangen nach Rechtssicherheit nicht auf. Denn die Verwaltung ist dem Monarchen als Rest seiner staatlichen Macht geblieben. Man fordert daher jetzt zum Schutze gegen den letzten Teil von monarchischer Gewalt eine unabhängige Gerichtsbarkeit, die eine »gesetzmäßige Verwaltung« sicherstellen soll. Die Verwaltungsgerichte, die entsprechend diesem Rechtssicherheitsverlangen errichtet werden, haben infolgedessen ihrer Entstehungsgeschichte nach zunächst den Zweck, die Interessen des einzelnen zu schützen.

Die Forderung nach Rechtssicherheit im Sinne der Abgrenzung der Einzelsphäre dem Staate gegenüber findet ihren Ausdruck noch einmal im zweiten Teil der Weimarer Verfassung, wenn er auch daneben bereits Ansätze zu einer sozialistisch orientierten Neuordnung enthält. Die rechtliche Sicherung der Privatrechtssphäre hat zur Zeit der Schaffung der Weimarer Verfassung, in welcher der Ideenstreit (z. B. zwischen Bürgern und Marxisten) übermächtig geworden ist, einen guten Sinn. Auch gegenüber dem politischen Führungsanspruch jener einander bekämpfenden parlamentarischen Parteien sind die Grundrechte des zweiten Teils der Weimarer Verfassung berechtigt.

Im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts tritt in den Mittelpunkt des Interesses nicht mehr der Rechtssicherheitsbegriff im Sinne der Abgrenzung der Einzelsphäre gegenüber dem Staat. Denn dieser grundlegenden materiellen Rechtssicherheitsforderung ist bereits entsprochen worden. Die Grundlagen der Verfassung liegen insoweit fest und werden allgemein anerkannt. Man hat daher nunmehr Zeit für die technische Ausgestaltung und Ausführung der staatsrechtlichen Prinzipien. Das Gesetz kann seinen Zweck, der nach der Auffassung des Liberalismus darin besteht, zwischen dem Staat und den Untertanen die Grenzen des Dürfens und Müssens festzusetzen, nur erfüllen, wenn es vom Richter und Verwaltungsbeamten in berechenbarer und voraussehbarer Weise angewandt wird. Die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit der Entscheidung ist umso mehr geboten, als sie Voraussetzung für Handel und Verkehr ist. Das neue Rechtssicherheitsproblem dreht sich daher um die Frage, auf welche Weise man voraussehbare und berechenbare Entscheidungen schaffen kann.

Der Positivismus sieht die Lösung dieser Frage in der unbedingten Unterwerfung des Richters unter das Gesetz, weil er glaubt, auf diese Weise jede menschliche Willkür auszuschließen. Auf Grund des Lückenlosigkeitsdogmas beruft man sich selbst dann, wenn eine hinreichende positive Regelung nicht besteht, darauf, daß nach dem Gesetz nur eine Lösungsmöglichkeit gegeben sei und der Richter daher nur zu subsumieren brauche.

Zur rechtsphilosophischen Rechtfertigung der Forderung nach Rechtssicherheit führt man allgemein aus, daß es ungerecht wäre, die durch das Gesetz hervorgerufene Erwartung der Rechtsgenossen zu enttäuschen. Als Subjekt des Vertrauens betrachtet man entweder die Rechtskundigen, die mit der Gleichförmigkeit der Praxis rechnen, oder die Laien, die das Gesetz selbst einsehen und nun erwarten, daß

der Eindruck, den sie erhalten haben, durch die gerichtliche Entscheidung bestätigt wird.

Das Streben nach voraussehbaren und berechenbaren Entscheidungen führt auf dem Gebiet des Privatrechts zur Forderung bestimmter Einrichtungen, die der Rechtssicherheit dienen sollen.

Ein Teil des Schrifttums ist für die Einführung von Gerichtshöfen, die über zweifelhafte Rechtsfragen dem Gesetz gleichstehende bindende Feststellungen treffen sollen. Gegen eine solche Einrichtung spricht indes, daß die Praxis von hier aus mit Entscheidungen überschwemmt würde, die statt Klarheit zu schaffen, erneuter eigener Klarstellung bedürften.

Insbesondere nach dem Vorbild Englands schlägt man auch die Einführung eines Präjudiziensystems vor. Präjudizien scheinen aber schon deshalb zur Schaffung von Rechtssicherheit nicht geeignet, weil gerade über die Frage, ob der neu zu entscheidende Fall ebenso liegt, wieder Streit entstehen kann.

Die Forderung nach Rechtsverordnungen, die in einer anderen Zeit im Hinblick auf den schwerfälligen und unzuverlässigen parlamentarischen Gesetzgebungsapparat gestellt worden ist, hat heute jede Berechtigung verloren, da die Gesetzgebung, deren einziges Organ praktisch die Reichsregierung ist, die erforderliche Beweglichkeit besitzt, um den jeweiligen Anforderungen der Zeit alsbald zu entsprechen.

Der Begriff Rechtssicherheit spielt auch im nationalsozialistischen Staat eine große Rolle. Man erkennt an, daß im Rahmen des Volkslebens naturnotwendig ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. An die Stelle der individualistischen Rechtssicherheit, die dem Nationalsozialistischen Rechtsdenken nicht mehr entspricht, ist allerdings ein Begriff der Rechtssicherheit getreten, der Anforderungen des einzelnen an den Staat nur im Rahmen der Volksgemeinschaft zuläßt. Denn subjektive Rechte des einzelnen gegen den Staat sind im Dritten Reich nur noch denkbar, wenn sie nicht den Schutz des einzelnen ohne Rücksicht auf überwiegende Gemeinschaftsinteressen bezwecken. Ein großer Wandel gegenüber dem liberalen Staat ist auch insofern eingetreten, als der einzelne zu seiner Rechtssicherheit nicht mehr mit den alten Methoden und Einrichtungen Schutz vor dem Staate fordert.

Neben dem insoweit zurücktretenden Begriff einer materiellen Rechtssicherheit gilt weiter als Zentralbegriff unserer Rechtsordnung jener formelle Begriff der Rechtssicherheit, der Voraussehbarkeit

und Berechenbarkeit der juristischen Entscheidung bedeutet. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit in diesem Sinne besteht nicht nur auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens, sondern bei jedem Volksgenossen. Denn jeder muß die Folgen seiner Handlungen notwendig kennen, um sein Leben planvoll gestalten zu können. Voraussetzung für die Rechtssicherheit ist aber das Bestehen einer positiven Rechtsordnung, die Grundlage insbesondere jedes rechtsgeschäftlichen Verkehrs ist und dem einzelnen Maß und Ziel seines Verhaltens zu geben vermag. Demgemäß erkennt auch der Nationalsozialismus den Wert fester Normierung an. Die notwendige Folge ist die Bindung des Richters an das Gesetz.

Die Rechtssicherheit verlangt nicht nur die Bindung des Richters an das nationalsozialistische Gesetz als unmittelbaren Ausdruck des Führerwillens, sondern darüber hinaus eine Bindung grundsätzlich auch an alle vornationalsozialistischen Gesetze, soweit sie nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden sind. Denn es ist die Aufgabe der Gesetzgebung und nicht die des Richters, darüber zu entscheiden, ob ein Gesetz nationalsozialistischer Rechtsauffassung entspricht oder nicht. Man kann dem einzelnen Richter diese Entscheidung nicht überlassen, weil ein solches Vorgehen auf weite Sicht jede gesunde und einheitliche Rechtsentwicklung vernichten müßte.

Ausnahmen von der Bindung des Richters an das Gesetz sind daher nur in solchen Fällen zulässig, in denen die Gesetzesanwendung einen groben Verstoß gegen das gesunde Volksempfinden und das nationalsozialistische Rechtsdenken bedeuten würde. Außerdem ist in diesen Fällen zur Wahrung der Rechtssicherheit erforderlich, daß die einzuschlagende Rechtsprechung grundsätzlich und entschieden auseinandergesetzt wird.

Die Generalklauseln, die in alle Rechtsgebiete eindringen, bedeuten nur dann eine Bereicherung des Rechtslebens und keine Gefährdung für die Rechtssicherheit, wenn der Richter sie erst anwendet, nachdem er alle Möglichkeiten, auf Grund der vorhandenen kasuistischen Bestimmungen zu einer billigen und gerechten Entscheidung zu gelangen, erschöpft hat.

Lebenslauf.

Am 17. Juli 1911 wurde ich als Tochter des Kaufmanns Paul Schmidt und seiner Ehefrau Margarethe, geb. Schwarz in Frankfurt a. M.-Höchst geboren. Von Ostern 1918 bis Ostern 1928 besuchte ich das Lyzeum in Frankfurt a. M.-Höchst. Ostern 1928 trat ich in die Oberrealschule in Frankfurt a. M.-Höchst ein, an der ich Ostern 1931 die Reifeprüfung ablegte. Vom Sommer-Semester 1931 an studierte ich an der Johann Wolfgang Goethe - Universität in Frankfurt a. M. Rechtswissenschaft.

Am 28. September 1935 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Frankfurt a. M. die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. November 1935 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, zur Zeit in dem Ausbildungsabschnitt beim Oberlandesgericht in Frankfurt a. M.

Martha Schmidt.